على المذاهب الأربعة
مع
تطبيقاته المعاصرة مقارنا بالقوانين الوضعية

الجزء الأول

محمد تقي العثماني

www.besturdubooks.wordpress.com

حقوق الطبع محفوظة

ملتزم الطبع	:	خضر اشفاق القاسمي
الطبعة	:	ربيع الأول ١٤٣٦هـ - يناير ٢٠١٥ء
اسم الناشر	:	مكتبة معارف القرآن كراتشي - پاكستان
الهاتف	:	+92 21 35031565, 35123130
البريد الإلكتروني	:	info@quranicpublishers.com, mm.q@live.com
الموقع على الإنترنت	:	www.ONLINESHARIAH.com

يطلب من:

تطلب جميع كتبنا من:

- ☆ مكتبه دار العلوم، كراتشي
- ☆ ادارة المعارف، كراتشي
- ☆ دار الاشاعت، اردو بازار، كراتشي
- ☆ بيت القرآن، اردو بازار، كراتشي
- ☆ ادارة اسلاميات، كراتشي / ١٩٠ انار كلي، لاهور
- ☆ بيت الكتب، كراتشي

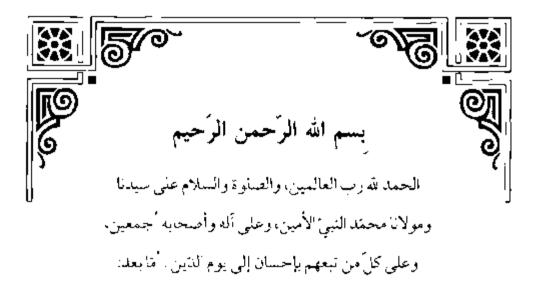
وأيضاً يوجد عند جميع المكتبات المشهورة

www.besturdubooks.wordpress.com

بسم الله الرّحمن الرّحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على سيدنا

ومولانا محمّد النبيّ الأمين، وعلى آله وأصحابه أجمعين،

وعلى كلّ من تبعهم بإحسان إلى يوم الدّين. أمّا بعد:

فإنّ الفقه الإسلاميّ أغنى القوانين ثروةً في دقّة تصوّراته للتّعاملات التّجاريّة، وتحقيق العدل في حقوق أطرافها، ورعاية التّوازن بين مصالح الأفراد و مصالح المجتمع. كما أنّه يتميّز في تدقيق جزئيّات الحياة الاقتصادية، وكثرة الكتب المؤلّفة فيها. وذلك لأنّ الفقه الإسلاميّ منبثق من الوحي المتلوّ في القرآن الكريم، وغير المتلوّ في صورة السنّة النّبويّة على صاحبها أفضل الصّلوة والسّلام. فإنّه يتجلّى فيه نور الهداية السّماويّة في جانب، ودقّة أنظار الفقهاء في جانب آخر، لكونها مقتبسةً من ذلك النّور في حاجاتٍ متشعّبة من حياتنا التّجاريّة.

ولم يزل هذا الفقه هو القانون السّائد عبر القرون في تاريخ العالم الإسلاميّ إلى أن تسيطر عليه الاستعمار الغربيّ، فتنحّى الفقه الإسلاميّ بمعزلٍ عن تطبيقه العمليّ في أرض الواقع، وأحلّ القوانين الغربيّة محلّها لتحكّم بها المحاكم، ويدرسها المدرسون، ويؤلّف فيها المؤلّفون، ويُدقّق فيها المحامون.

وإنّ هذه الظّاهرة جاءت بنتيجةٍ سلبيّة ضدّ الفقه الإسلاميّ من جهتين:

www.besturdubooks.wordpress.com

النّتيجة الأولى: أنّ هذا الوضع أوقف تطوّر الفقه الإسلاميّ أو جعله بطيئاً على الأقل، لأنّ تطوّر أيّ قانون ينتج من تطبيقه في ساحة الواقع، فإنّ الأوضاع المتطوّرة للحياة تتطلّب أن تُلتمس الحلول للمشاكل الّتي يتعرض لها النّاس عند ممارستهم للحياة العمليّة، فيتطوّر القانون بقدر تشعّب الحاجات، وبقدر تلبيتها من قِبل واضعي القوانين. وقد حدث ذلك فعلاً بالنّسبة للفقه الإسلاميّ في العصور الّتي كان فيها هو القانونَ السّائد في البلاد الإسلاميّة، فإنّ الفقهاء لم يقصّروا في تطوير الفقه الإسلاميّ بتفريع فروع جديدة حسب حاجات زمانهم على أساس المبادئ المسلّمة من الاحتفاظ بالأحكام الأبديّة المنصوصة في جانب، ومراعاة حاجات العصر في جانب آخر.

ولكن لمّا عُزل الفقه الإسلاميّ عن التّطبيق العمليّ في المسائل الحيّة، ركد تطوّره وارتقاؤه، بمعنى أنّ كتب الفقه الإسلاميّ ربّما لاتتحدّث بشكل صريح عن المسائل الّتي أحدثتها الحيوة الجديدة.

لاشكّ أنّه لم يزل هناك مسلمون في كلّ زمان ومكان يريدون أن يتّبعوا شريعتهم الغرّاء في حياتهم بقدر الإمكان، فلم يزالوا يرجعون إلى المفتين للسُّؤال عن حكم أوضاع جديدة، ولم يزل الفقهاء والمفتون في كلّ زمان ومكان يصدرون فتاواهم للإجابة على هذه الأسئلة، وكانت هذه الفتاوى وسيلةً لتطوّر الفقه الإسلاميّ في هذه العصور، ولكنّها كانت جهوداً فرديّة مشكورةً في دائرة محدودة. أمّا الحيوة العامّة، فكانت تسير عجلتُها الكبيرة على أساس القوانين الوضعيّة.

والنّتيجة الثّانية لإبعاد الفقه الإسلاميّ من التّطبيق أنّ هذه الثّروة العظيمة لم تزل مختفيةً

www.besturdubooks.wordpress.com

عن أنظار الّذين يُمارسون القوانين، ويُطبّقونها على أرض الواقع، فلم تبقَ أمام أعيُنهم إلاّ القوانينُ الوضعيّة الغربيّة، فأصبحت هيَ محلّ دراستهم، وتفكيرهم، وتعظيمهم، وتفعيلها في جميع شئون الحيوة. أمّا الفقه الإسلاميّ، فإنّهم أوّلاً لايعرفونه، وثانياً، إن وقع نظرهم على كتب الفقه العتيقة، فإنّهم لا يألفون أسلوبها، ولا يجدون فيها ذكراً صريحاً لمسائل الحيوة المعاصرة، ولا يتمكّنون من تفريعها على الضّوابط العامّة. فأصبحوا يعتقدون أنّ الفقه الإسلاميّ شيئٌ دَرَسه التّاريخ، وليس له علاقةٌ بحيوتنا المعاصرة المتطوّرة.

فحينما يُطالب المسلمون دُولهَم بتطبيق الشّريعة الإسلاميّة في ربوعها، فإنّ الّذين تربّوا في حضون القوانين الوضعيّة، واختفت حقيقةُ الفقه الإسلاميّ عن أعينهم للسبب المذكور، ربّما يُعارضون هذا الطّلب قائلين: إنّ تطبيق الشّريعة الإسلاميّة دعوةٌ إلى التّخلّف، وكيف يُطبّق على العصر الحديث المتطوّر ذلك القانونُ الّذي نشأ في أوضاع قديمة قبل أربعة عشر قرناً؟ وكيف يُمكن أن يصير القانونُ جامداً لايُسَاير الحيوة المتغيّرة في كلّ حين؟

والواقعُ أنّ الشّريعة الإسلاميّة لا تمنع البشر من تطوير حياته في كلّ زمان ومكان، ولكنّها تُوازنُ بين الثّوابت والمتغيّرات ويُنشئ بينها توازناً يهدف إلى صلاح الفرد وصلاح المجتمع.

وإنّ ممّا يبعث في الفقه الإسلاميّ حيويّة خالدة، هو اختلافُ الفقهاء في تفسير النّصوص الشّرعيّة، وتفريع الجزئيّات على ذلك الأساس. وإنّ المذاهب الأربعة (الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة) بصفة خاصّة لها مدوّناتٌ عظيمة

www.besturdubooks.wordpress.com

استخرجت أحكامَ الفقه في ضوء القرآن والسنّة النّبويّة على صاحبها الصّلوة والسلام، وفي ضوء الفتاوى والقرارات القضائيّة الّتي صدرت من الصّحابة والتّابعين فمن بعدهم، ولاتوجد مثل تلك المدوّنات في غير هذه المذاهب بهذا التّفصيل والتّفريع.

لاشكّ أنّه قد جرت فيما بين هذه المذاهب مناقشاتٌ ربّما تبدو حادّةً أو حارّة، وقد أُجريت فيما بينها مناظراتٌ علميّةٌ قد تجاوزت الحدود في بعض الأحيان. ولكنّ ذلك أمرٌ طبيعيٌ في عصر ارتقاء الفقه و بلورة الأفكار، ليُدلي كلٌّ واحد دلوه في تمخيض المسائل وتمحيصها. ولكن لم يحدث أبداً أن يرميَ أحد منهم الآخرَ بالبطلان المحض والضّلال، إلاّ من قِبَل بعض المتعصّبين الّذين هجرهم التّاريخ الإسلاميّ، وأنكر عليهم فطاحل العلماء من كلّ مذهب.

فالّذي يعترف به الجميع أنّ هذه المذاهب الفقهيّة ليست أدياناً يرمي أحدُها الآخرَ بالبطلان ومخالفة الشّريعة الإسلاميّة. وإنّما هيَ أوجُهٌ متعدّدةٌ للشّريعة الإسلاميّة نفسها فيما للاجتهاد فيه مجال. وإنّها متّفقةٌ فيما بينها في الأحكام والمبادئ الأساسيّة الّتي قرّرها القرآن والسنّة بصفة صريحة، وأجمعت عليه الأمّة عبر القرون. ولكنّ اختلافها إنّما يظهر في تفسير هذه النّصوص في بعض الأحيان، وفي تفعيد الجزئيّات عليها في أحيان أخرى. وكلٌّ واحد منها يعترف بأنّ ما يقوله الآخر محتمَل، وليس باطلاً محضاً. ومن أجل هذا الاعتراف ربّما يَدَع رأيه ويختار رأيَ الآخر حينما تدعو إليه حاجةٌ عامّة أو خاصّة، أو لفقدان العلّة الّتي بنى عليها رأيه.

www.besturdubooks.wordpress.com

وبهذا تظهر مرونةٌ بالغة فى تحقيق المصالح الشّرعيّة، ومجابهة الأوضاع الجديدة.[١]

وإنّ هذه المرونة تتّضح بجلاءٍ أكثرَ فى فقه المعاملات الماليّة بصفة خاصّة. وذلك لأنّ النّصوص فى هذا الموضوع، بعد توطيد المبادئ الثّابتة الّتى لاتتغيّر، أفسحت بدورها مجالاً للتّفسيرات المختلفة، فأعمل الفقهاءُ أفكارهم فى تفسيرها وتفصيلها بأساليب متعدّدة، فجاءوا باحتمالاتٍ كلُّها واردة فى ضوء تلك النّصوص.

لاشكّ أنّ التّمذهب بمذهب معيّن قد أدّى دوراً كبيراً فى تنظيم الحياة الفرديّة وإبعادها عن اتّباع الهوى، ولكنّ الاعتراف بأنّ جميع هذه المذاهب محتمَلة فى إطار الكتاب والسنّة يفسَح مجالاً واسعاً لمجابهة الحياة المتطوّرة فى مرحلة التّشريع والتّقنين، لأنّ جميعها متّفقةٌ على أنّ ما حَكَم به الحاكم فى الأمور المجتهد فيها نافذٌ على الكلّ، ولو كان مخالفاً لمذهبهم الفقهيّ على مستوى الأفراد.

وبهذا يظهر أنّ اتّخاذ الفقه الإسلاميّ مصدراً للتّشريع لا يكبّل أيديَ المشرّعين أمام الحاجات الحقيقيّة للتّجارة والاقتصاد، ومادامت المبادئ والأحكام الثّابتة الأبديّة محتفظة، فإنّ هناك مجالاً واسعاً لإعمال الفكر البشريّ فى التماس الحلول لمشاكل الحياة المتغيّرة.

ولكنّ ما نحتاج إليه اليوم أن يُدوّن الفقه الأصيل، وبخاصّة فقه المعاملات التّجاريّة والماليّة، ممزوجاً بالمسائل المتولّدة من الظّروف والأوضاع المعاصرة، ليتبيّن أنّ الفقه

---

(١) وقد أوضحتُ فى كتابى "أصول الإفتاء وآدابه" أنّ التمذهب بمذهب معيّن فى عامّة الحالات أمرٌ ضروريّ للتجنّب عن اتباع الهوى، ولكن ليس معنى ذلك أن يُحكم على المذاهب الفقهيّة الأخرى بالبطلان، كما أوضحتُ الحالات الّتى يُستفاد فيها من مذهب آخر.

www.besturdubooks.wordpress.com

يتوجّه إلى القرن الخامس عشر كما كان يتعلّق بالقرون الأولى. وكلُّ ذلك بأسلوب يُلائم مذاق العصر، ويُسهّل للدارسين تناوله.

فشرعتُ بتوفيق الله سبحانه وتعالى في هذا التأليف، وحاولتُ بقدر وسعي أن يفيَ هذا الكتاب بهذه الحاجة، ويجمع أمّهاتِ مسائل المذاهب الأربعة من كتاب البيوع ممزوجةً بالمسائل التي أحدثها العصر الجديد، بحيثُ يصير كتاباً أصيلاً في موضوعه، وعصريّاً في أمثلته وتفريعاته وتطبيقاته وأسلوب ترتيبه.

وكنت منذ أوّلِ يومٍ شرعتُ في دراسة الفقه معتقداً بعبقريّة فقهاءنا الأقدمين في دقّة أنظارهم وعقليّة اجتهاداتهم، ولكن لمّا شرعتُ في هذا التأليف بهذه المهمّة، تبيّنت لي آفاقٌ جديدةٌ لعمق تفكيرهم وسَعة اطّلاعهم بما جعلني أشعر أنّي اقتحمتُ بحراً زاخراً لا ساحلَ له. وبما أنّي قضيتُ مدّةً طويلةً في دراسة القوانين الوضعيّة، وممارستها قاضياً في المحكمة العليا، ودرستُ القوانين الإنكليزيّة، وشروحها، وسمعتُ أبحاثَ المحامين، فأتاحت لي الأقدار فرصةً لمقارنتها بالفقه الإسلاميّ. فرأيتُ أنّ جهود علماء الفقه الإسلاميّ تفوقها من عدّة جهات:

رأيتُ في معظم القوانين الوضعيّة أنّها تقتصر في غالب الأحيان على مبادئ القانون بصفة موجزة. أمّا الجزئيّات الّتي تندرج تحتها، فإنّما يذكرها شُرّاح القانون مبنيّةً على الواقعات الحقيقيّة الّتي رُفعت إلى المحاكم، وإنّها بعد استماع أدلّة المحامين من الفريقين، أصدرت قرارات أصبحت قانوناً موضوعاً من القُضاة. وإنّ شُرّاح القانون إنّما يقتصرون تحت كلّ مادّة من القانون على ذكر هذه القضايا، ولا يتصوّرون جزئيّات من عندهم.

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا الّذين دوّنوا الفقه الإسلاميّ، فإنّهم في غالب الأحيان تصوّروا الجزئيّات من عند أنفسهم، وتغلغلوا في ذلك إلى حدّ الاستقصاء. فلا تكاد تُتصوّر جزئيّةٌ في عهدهم إلاّ ولهم في ذلك كلامٌ. بل يتحيّر الإنسانُ في بعض الأحيان أنّهم ذكروا أحكام جزئيّات قلّما تقع في أرض الواقع. لاشكّ أنّ هذه الجزئيّات قد تكون مأخوذةً من بعض أقضية القضاة، أو من فتاوي بعض المفتين، ولكنّ الغالب منها متصوّرٌ من عندهم.

ومن الغريب أنّ هؤلاء الفقهاء لم يكونوا في محلّ واحد، بل كان بعضهم في الحجاز، وبعضهم في المغرب الأقصى، وبعضهم في العراق أو في مصر والشّام، وآخرون في ماوراء جيحون من وسط آسيا، ولكنّهم جميعاً يتفكّرون في نفس الجزئيّات، ويعرف كلٌّ منهم قولَ الآخرين في عهد لم تكن هناك طرق الاتّصال السّلكيّة، أواللاسلكيّة، أوالإلكترونيّة، ولا توجد فهارس مبسوطة، ولا حتّى الكتب المطبوعة والكتب الّتي يستفيدون منها غير مفهرسة ولا مرقّمة.

وما دوّنوه في مثل هذه الظّروف لا يُمكن أن نبلغ شأوَه في هذا العصر الّذي أصبح فيه العالم قريةً واحدةً لسرعة الاتّصالات، وكثرة الوسائل، وتوافر الكتب المطبوعة، والفهارس الميسورة.

وأعجبُ من ذلك كلّه جُهد أصحاب المتون الّذين جمعوا تفاصيل المسائل المفصّلة في عبارة موجزة لاتخلو كلمةٌ منها من معنىً دقيق يحتاج شرحه إلى بحث طويل.

وكنتُ قاضياً في القسم الشّرعيّ في المحكمة العُليا، ولكن كنتُ أحتاج كثيراً أن

www.besturdubooks.wordpress.com

فسّر القانون الوضعيّ، إمّا لأنّه لم يكن مصادماً للشّريعة، وأحتاج إلى تنفيذه. وإمّا لأنّه كان من سلطتي أن أحكم على ذلك القانون بأنّه موافق أو مخالف للشّريعة الإسلاميّة، فأحكم بإلغاءه. وفي خلال عملي ذلك، كثيراً ما أحتاج إلى مناقشة ذلك القانون مع رفاقي في المحكمة الّذين كانوا مؤهلين في القوانين الوضعيّة، وطالت تجربتهم في ذلك. ومراراً في أثناء هذه المناقشة، كنت آتي بتفسير للقانون يخالف الظّاهر، وإنّهم بعد سماع كلامي، يقرّون ما فسّرته به. فقال رئيس القضاة مرّة: إنّ هذا الرجل ربّما يسرع في فهم القانون أكثر منّا. فأجاب أحدهم بأنّه قد درس الحقوق بمرتبة الشّرف. فأجبت قائلاً: "إنّ فهمي للقانون لا ينبثق من دراستي للحقوق، وإنّما هو ناتج من دراستي للفقه الإسلاميّ." وكان هذا الجواب حقيقة أجزم بها حتّى الآن.

وعلى كلّ، فإنّ الدراسة التّفصيليّة لمسائل البيوع والمعاملات الأخرى ضاعفت اعتقادي في عبقريّة الفقهاء الأقدمين بما وجدت نفسي خاضعاً أمام مكانهم الشّامخ، وهمّتهم العالية، ونظرهم الدّقيق. أفاض الله تعالى عليهم شآبيب رحمته ورضوانه.

وكثرت في زماننا دعاوى الاجتهاد، وشاع القول بأنّهم رجال ونحن رجال، ولكن لم يوجد حتّى الآن من هؤلاء المدّعين من استطاع تدوين الفقه على أساس اجتهاده من كتاب الطّهارة إلى كتاب الفرائض بالتّفصيل الّذي دوّنه به الأقدمون.

وليس من قصدي أبداً أن يعتقد فيهم العصمة، فكلٌّ يؤخذ من رأيه ويترك، إلا صاحب هذا القبر (صلّى الله عليه وسلّم) كما قال الإمام مالك رحمه الله تعالى. ولكنّ نفي العصمة من هؤلاء ربّما ينشأ عن إثبات العصمة لنفس النّافي. فلا شكّ أنّ الأمور الاجتهاديّة فيها مجالٌ للخلاف. ولكن ممّن يستفيد بعلم هؤلاء الفقهاء ويقدّر قدر

www.besturdubooks.wordpress.com

جهودهم قبل أن ينقد أفكارهم، ويعترف بمكانتهم العالية، ويتّهم رأيه قبل أن يتّهم رأيهم.

وبناءً على هذا، فإنّ ما ألفتُه في هذا الكتاب، قطراتٌ من بحر رتّبتُها بترتيب جديد، وأضفتُ إليها ما نبتَ بفضل هذه القطرات من ثمار تلائم حاجاتنا العصريّة. والتزمت في ذلك المنهج الآتي:

١- أردتُ أن يكون الكتابُ جامعاً للمسائل الأساسيّة للبيوع على المذاهب الأربعة. والمقصود من ذكرها أوّلاً ليكون الكتابُ مُعيناً لأتباع كلّ مذهب بالقدر المستطاع، وثانياً أن تظهر الشّريعة البيضاء بوجوهها المحتملة، ويظهراختلاف الأفكار في تفريع الفروع على أساس الكتاب والسّنّة، وليكون عوناً للمتقنين، إن وفّق الله تعالى دولةً من الدُّول أن تطبّق الشّريعة الإسلاميّة في مجال البيوع. وبما أنّ هذه المذاهب كلّها محتملة، كما سبق ذكره، فإنّي ذكرتُ أدلّتها في معظم المسائل، ولم أتعرّض لترجيح بعضها على بعض، إلاّ في بعض المواضع الّتي وجدتُ بعضها خلاف النّصّ الصّريح، أو وجدتُ أحداً منها أوفق بالظّروف المعاصرة. ولأهل العلم كلّ الحقّ أن يختلف رأيهم في التّرجيح.

٢- كذلك حاولتُ في كثير من المواضع أن أقارن بين الفقه الإسلاميّ وبين القوانين الوضعيّة الإنكليزيّة، وقد ذكرتُ في بعض المواضع قوانين فرنسيّة، أو سويسريّة أيضاً. والمقصود بهذه المقارنة أوّلاً هو تحذير المسلمين عند تطبيقهم القانونيّ المدنيّ السّائد من أن يقعوا فيما يُخالف الشّريعة الإسلاميّة، وثانياً أن يتّضح الفرق بين الاقتصاد الإسلاميّ والاقتصاد الرّأسماليّ، وتتبيّن الحكمة الإلهيّة في التّشريع الإسلاميّ.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣- حاولتُ عند الكلام في كلّ باب أن آتيَ فيه بالمسائل المعاصرة المتعلّقة به، وفصّلتُ الكلام فيها، وذكرت جميع الاحتمالات الواردة في تكييفها الفقهيّ، وقد ذكرتُ في مثل هذه المسائل آراء الفقهاء المعاصرين حيثُما وجدتها، وذكرت ما انتهى إليه فكري في ذلك.

٤- راعيتُ أن يكون ترتيبُه ترتيباً منطقياً يسهّل به الوصول إلى المطلوب من المسائل، فشرعت ببيان حقيقة البيع، ثمّ ببيان أركانه، وطرق انعقاده إما بالإيجاب والقبول، وإما بالتّعاطي، ثمّ أتبعتُه بمكان الوعد والمواعدة في البيع والشّراء، وما يلتحق بالإيجاب والقبول من العربون وغيره، ويدخل فيه المزايدة والمناقصة.

ثمّ ذكرتُ أحكام العاقدين وتراضيهما وما يفوّت التّراضي، وما يُستثنى منه. ثمّ ذكرتُ أحكام المبيع وما يُشترط فيه، وأحكام الثّمن وما يُشترط فيه، والطرق المختلفة لأداءه. ثمّ ذكرت شروط صحّة البيع التي تتعلّق بصلب العقد. ثمّ ذكرت التقسيمات المختلفة للبيع من الحالّ والمؤجّل، والسّلم والاستصناع، والمرابحة والتّولية، والمقايضة، وربا البيع، والصّرف، والبيع الصحيح البات، والبيع بخيار، والبيع الباطل والفاسد والموقوف والمكروه، وأحكام كلّ منها. ثمّ ذكرتُ أحكام تدخّل الحكومة في التّجارة الحرّة، فذكرتُ فيها أحكام التسعير والاحتكار وغيرهما وفصّلتُ الكلام في المال المكتسب بطريق محظور. ثمّ أفردتُ بحثاً مبسوطاً لمسائل الإيراد والاستيراد، وانتهيتُ إلى أحكام الإقالة.

٥- حاولتُ أن تكون العبارة سلسةً سهلة خالية عن الإيجاز المخلّ أو الإطناب المملّ. ولهذا الغرض، لخّصتُ الأبحاث الفقهيّة من المصادر بما يسهل فهمه، ومع

www.besturdubooks.wordpress.com

ذلك أوردتُ كثيراً من المسائل بنصّ المنقول منه، لخدمة أهل العلم.

٦- اقترحتُ في آخر الكتاب صيغةً لقانون البيع الإسلامي، ليُمكن الاستمداد منه لكلّ دولة وفّقها الله تعالى لتطبيق الشّريعة الإسلاميّة في البيوع.

وكلّ ذلك مع اعترافي بأنّه جُهدُ مُقلّ، فإن كان فيه ما ينفع، فهو بمحض توفيق من الله سبحانه وتعالى، وما كان فيه من قصور أو خطأ، فهو منّي ومن الشّيطان. وبما أنّي تعرّضتُ في هذا الكتاب لكثير من القضايا الجديدة الّتي ليس لها ذكرٌ صريحٌ في الكتاب والسّنّة، ولا في كتب الفقه المعتبرة، وحاولتُ بالقدر المستطاع أن لا أدّخر جُهداً في تحقيقها وتنقيرها، ولكنّه فكرٌ بشريٌ يحتمل الخطأ والصّواب، وإنّما أعرضه على أهل العلم رجاءَ منهم أن لا يضنّوا عليّ بإشعاري بما هو خطأ واضح. أمّا اختلاف الآراء، فمجاله واسع، ولكنّي دائماً طالبُ علم، وملتمسُ حقّ. فما يظهر لي من الحقّ، لا أتردّد من الرجوع إليه إن شاء الله تعالى.

ولايسعني في الأخير إلاّ أن أتقدّم بالشّكر والتّقدير لأخوين فاضلين من أصحابي، ساعداني في تأليف هذا الكتاب. أحدهما الأخ الفاضل الشيخ شفيق جاكهورا، حفظه الله تعالى، وقد ساعدني في بداية عملي لمدّة قليلة، ثمّ خلفه بعد ما سافر إلى إفريقيا الجنوبيّة أخوه الشّابّ الفاضل النّشيط الأستاذ شاكر جاكهورا، فإنّه لازمني في معظم هذا العمل، وساعدني في استخراج المسائل والنّصوص من مصادرها، ولم يألُ جهداً في تيسير عملي هذا، وأعمالي العلميّة الأخرى. فجزاهما الله تعالى أحسن الجزاء، وبارك في عمرهما وعملهما.

وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وينفع به

www.besturdubooks.wordpress.com

الطالبين والدارسين، ويجعله ذخرا لهذا العبد الضعيف يوم لاينفع مال ولا بنون. وإنّه تعالى على كلّ شيئ قدير، وبالإجابة جدير. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

محمد تقي العثماني

دار العلوم كراتشي

١٢ شعبان المعظم سنة ١٤٣٥هـ ١١ يونيو ٢٠١٤م

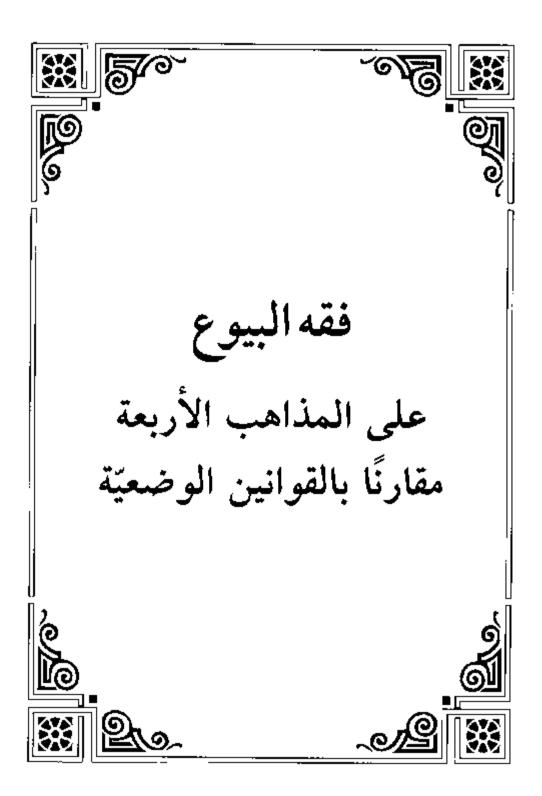
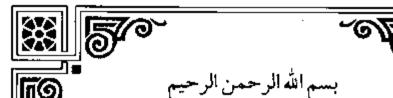
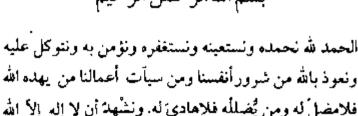
www.besturdubooks.wordpress.com

فقه البيوع

على المذاهب الأربعة

مقارنًا بالقوانين الوضعيّة

www.besturdubooks.wordpress.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونؤمن به ونتوكل عليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيآت أعمالنا من يهده الله فلامضلّ له ومن يُضلله فلاهادىَ له. ونشهدُ أن لا إله إلاّ الله وحده لاشريك له ونشهد أن سيّدنا ومولانا محمداً عبده ورسوله صلى الله تعالى عليه وعلى آله وأصحابه وبارك وسلّم تسليما كثيرا.

ربّ يسّر ولا تعسّر وتمّم بالخير. ربّ اشرح لي صدري ويسّرلي أمري واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي.

اللّهمّ أرني الحقّ حقّا وارزقني اتّباعه، وأرني الباطل باطلا وارزقني اجتنابه. اللّهمّ اهدني وسدّدني وقني شرّنفسي، اللّهمّ ألهمني رشدى واعزم لي على رشد أمري. اللّهمّ خذ إلى الخير بناصيتي واجعل الإسلام منتهى رضائي. اللّهمّ إنّي أعُوذُ بك من أنْ أضِلَّ أو أُضَلَّ ومن أن أزِلَّ أو أُزَلَّ وأعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّ الشّيطانِ وشِرْكِه، وأعُوذُ بكَ مِنَ الْفِتَنِ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَابَطَنَ. اللّهُمَّ إنّي أستَغْفِرُكَ لِمَا تُبْتُ لَكَ مِنْهُ ثُمَّ عدت فيه. اللّهُمَّ إنّي أستَغْفِرُكَ لِمَا أرَدْتُ به وجهك ثم خالطني فيه ما ليس لك. اللّهمّ اجعل عملي هذا خالصاً لوجهك الكريم، وسدّد فيه فكري وقلمي وخطوتي، وأعِذْني من الزّلل والخطل، واشرح صدري لما فيه رضاك يا أرحم الراحمين.

٢٢ محرم ١٤١٦هـ

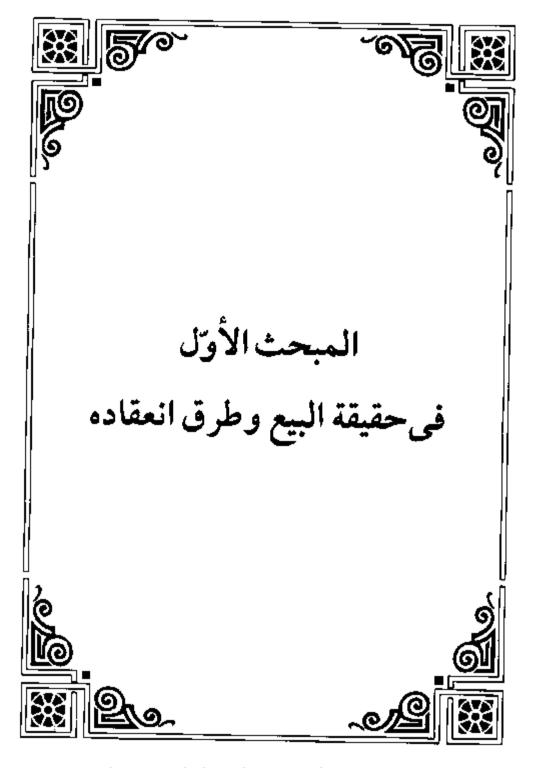
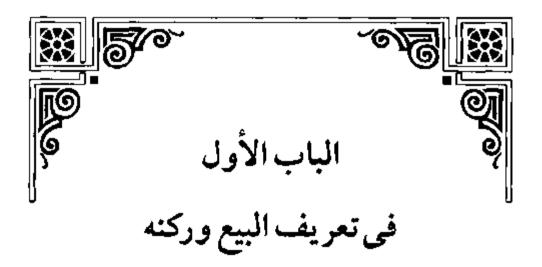
www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الأوّل

في حقيقة البيع وطرق انعقاده

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الأول

في تعريف البيع وركنه

١- تعريف البيع

البيع والشّراء في اللّغة يُطلق على كل مبادلة، سواء أ كان مبادلةً للمال بالمال، أم بغيره ولذلك أشار العلاّمة علي حيدر إلى أن معناه اللّغوي "مبادلة الشّيئ بالشّيئ"[١] وذكروا أنّ البيع مشتقّ من الباع، لأنّ كلّ واحدٍ من المتعاقدين يمدّ باعه للأخذ والإعطاء، ويحتمل أنّ كلّ واحد منهما كان يبايع صاحبه، أي يُصافحه عند البيع، ولذلك يسمى صَفْقة.[٢]

أمّا الشّرع، فقد خصّ من معناه اللّغويّ العامّ، فجعله مقصوراً على "مبادلة المال بالمال على الوجه الذي ينتقل به ملكيّة البدلين شرعاً"[٣] وماذكرنا من تعريفه في

---

(١) دررالحكام، شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر ١:٩٣ تحت مادة رقم ١٠٥

(٢) راجع المغني لابن قدامه ٤:٢

(٣) راجع فتح القدير ٥:٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّريعة تعريفٌ للبيع الصّحيح، أمّا البيع الباطل، فليس بيعاً في اصطلاح الشّرع، وإنّما يُطلق عليه لفظُ "البيع" بالمعنى اللغويّ. وأمّا البيع الفاسد، فهو داخلٌ في تعريف البيع، لأنّ الشّرع قد أثبت له بعضَ الأحكام عند بعض الفقهاء، ومنهم الحنفيّة، مثل انتقال مِلك المبيع إلى المشتري بعد القبض، وإن كان مِلكاً خبيثاً، وثبوت بعض أحكام الملك، مثل نفاذ البيع من المشتري، كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا القرض، فلا يقصد به المبادلة، وإنما هو تبرّعٌ ابتداءً ومعاوضةٌ انتهاءً، فليس مبادلةً من كلّ وجه، فخرج من تعريف البيع.

٢- تعريف المال

وأمّا تعريف المال، فقد اختلفت فيه عبارات الفقهاء، فقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى: "المراد بالمال ما يميل إليه الطّبع، ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة (١). والماليّةُ تثبت بتموّل النّاس كافّةً أوبعضِهم، والتّقوّمُ يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعاً." وحكى بعد ذلك عن الحاوي القدسيّ: "المال: اسمٌ لغير الآدميّ خُلق لمصالح الآدميّ، وأمكن إحرازه والتّصرّف فيه على وجه الاختيار." (٢)

وليس في هذين التّعريفين ما يقصُر اصطلاح "المال" على الأعيان، بل هو يشمل المنافع المؤبّدة أيضاً، وقد صرّح الفقهاء الشّافعيّة بأنّ تعريف البيع شاملٌ لبيع

---

(١) أي ولو لوقت قليل، فلا تخرج الأشياء التي يتسارع إليها الفساد، مثل الثمار والخضراوات

(٢) ردالمحتار ١٤: ١٠ فقره ٢٢١٦٩ وراجع أيضا البحر الرائق ٥: ٢٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

المنفعة على سبيل التّأبيد. فقال الشّاطريّ "البيع لغةً مقابلةُ شيئ بشيئ، وشرعاً: عقدُ معاوضةٍ ماليّة تُفيد ملكَ عين، أومنفعة على التّأبيد، كما في بيع حق الممرّ ووضع الأخشاب على الجدار، وحقّ البناء على السّطح"[(١)]

وكذلك الحنابلة عرّفوا البيع بما يشمل المنافع المؤبّدة، فذكر البهوتيّ رحمه الله تعالى في تعريف البيع أنّه "مبادلةُ عينٍ ماليّة .... أومنفعة مباحة بأن لا تختصّ إباحتُها بحالٍ دون آخر... بأحدهما، أي عينٍ ماليّة أو منفعةٍ مُباحة مطلقاً"[(٢)] وكذلك حكى المرداويّ عن الوجيز: "هو عبارةٌ عن تمليك عينٍ ماليّة، أومنفعة مباحة على التّأبيد بعوض ماليّ"[(٣)]

فظهر بهذا أنّ المنفعةَ المباحة المؤبّدة مالٌ عند الشّافعيّة والحنابلة، يجوز بيعُه وشراؤه. وإنما قيّدوا المنفعة بالمؤبّدة، لأنّها إن لم تكن مؤبّدة، بل أُبيحت لزمان مخصوص، فهي محلُّ الإجارة دون البيع.

ولكن قصر بعضُ الحنفيّة المالَ على الأعيان فقط، فقال الحصكفيّ رحمه الله تعالى في شرحه على ملتقى الأبحر: "والمراد بالمال عينٌ يجرى فيه التّنافس والابتذال"[(٤)] وإنّ هذا التّصريح في تعريف المال بانحصاره في الأعيان لايوجد عند غيره بهذا

---

(١) الياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس ص ٧٤، وراجع أيضاً الغاية القصوى للبيضاوي ١: ٤٦٠ وفتح الجواد ١: ٣٧٣ والشرواني على تحفة المحتاج ٤: ٢١٥ ونهاية المحتاج للرملي ٣: ٣٦١

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢: ١٤٠ ومثله في كشاف القناع ٣: ١٣٥

(٣) الإنصاف للمرداوي ٤: ٢٦٠

(٤) الدر المنتقى، بهامش مجمع الأنهر ٣: ٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الوضوح، ولكنّ الّذى يُستنبط من كلام الفقهاء الحنفيّة، ولا سيّما المتأخّرين منهم، أنّ هذا القيد ملحوظٌ عندهم في تعريف المال. ولذا، فإنّ الشيخ مصطفى الزّرقاء انتقد هذه التّعريفات، واستبدل بها تعريفاً آخر فقال: "المال: هو كلّ عينٍ ذات قيمة مادّيّة بين النّاس"[١].

ولكن يظهر من عدّة فروع الحنفيّة أنّهم أجازوا بيع بعض المنافع المتعلّقة بالأعيان، مثل حقّ المرور، فألحقوها بالأعيان في كونها مالاً، كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى في شروط المبيع.

وأمّا المالكيّة، فالتّعريف المشهور للبيع عندهم ما يُنسب إلى ابن عرفة رحمه الله تعالى، وهو: "عقد معاوضة على غير منافع، ولامُتعة لذّة"[٢]، فيخرج منه النّكاحُ لأنّه عقدٌ على مُتعة لذّة، وتخرج الإجارة والكراء، لكونهما عقداً على منافع. وإنّ هذا التّعريف، وإن أخرج المنافع من كونها محلاً للبيع، ولكنّ الظّاهر أنّهم أرادوا بذلك المنافع غير المؤبّدة، لتخرج الإجارةُ والكراء من التعريف. أمّا المنافعُ المؤبّدة، فقد أجاز المالكيّة بيع كثيرٍ منها، مثل حقّ التعلّي، وحقّ غرز الخشب على الجدار، وحقّ الشّرب وغيره[٣]. والظّاهر من هذه الفروع أنّهم يُدخلون بعض المنافع المؤبّدة، والحقوق، في المال الّذى يجوز بيعه وشراؤه.

والواقع أنه لم يرد نصٌّ في القرآن الكريم والسّنّة النبوية يحدّد المال، أو يعرّفه بصفة

---

(١) راجع "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي ٤:٣٤٥

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣:٢ والزرقاني على مختصر خليل ٥: ٣ والخرشي ٥:٤ وغيره

(٣) المدونة الكبرى ٣:٢٦٥ و٣:٣١٢ ومواهب الجليل للحطاب ٤:٢٧٦ والدسوقي ٣:١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

دقيقة، وإنّما تركته الشّريعة على العُرف المتفاهَم بين النّاس، ولذلك يقول ابن عابدين رحمه الله: "والماليّة تثبت بتموّل النّاس كافّةً أو بعضهم"[1] فما عُرف كونه مالاً فيما بين النّاس بصفةٍ عامةٍ يُعدّ مالاً، إلاّ إذا ورد النصُّ بخلافه، كما في الخمر والخنزير. أمّا تقييدُه بالأعيان المادّيّة، فلم يرِدْ بذلك نصٌّ، ولم يطّرد هذا التّقييدُ في كثيرٍ من المسائل، كما ذكرنا.

وإنّ الكهرباءَ والغاز أصبحا اليومَ من أعزّ الأموال الّتي يجري فيها التّنافس، ويصعُب إدخالهما في الأعيان القائمة بنفسها، ومع ذلك يجوز بيعُهما وشراؤهما. وقد تعامل النّاسُ بذلك من غير نكير،[2] فما ذكرنا عن ابن عابدين من تعريف المال، هو الرّاجح بدون تقييده بالأعيان القائمة بنفسها. وما ليس بعينٍ لايُحكَم بعدمِ جواز بيعه لمجرّد أنه ليس بعين، ما لم يلزم منه محظورٌ آخر.

والمراد من قولهم "ما يميلُ إليه الطّبع" في تعريف المال، أن يكون منتفعاً به، فما لا يُنتفع به ليس مالاً، ولا يجوز كونُه محلاً للبيع والشّراء.

٣- تراضي الطرفين

ومن شروط صحّة البيع أن يقع العقدُ بتراضي الطّرفين، والأصل فيه قول الله سبحانه وتعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَموَالَكُم بَينَكُم بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُم" (النّساء ٤: ٢٩) فحيثُ انعدم رضا أحد الفريقين أو كلٌّ منهما، لم يصحّ

---

(١) ردالمحتار ٤: ٩ فقره ٢٢١٦٩

(٢) وقد ذكر الشيخ أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى أنّ الكهرباء مال. (إمدادالفتاوى ٣: ٤٩٨ كتاب الشركة، القصص السنيّ)

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع، ولذلك ذكر بعض الفقهاء "تراضي الطرفين" كعنصر لازم في تعريف البيع، ولكننا لم نذكره في التعريف، لما وقع بين الفقهاء من الخلاف في حكم البيع إذا عُقد بدون رضا أحد الفريقين، كبيع المكرَه، فذهب بعضُهم إلى أنّه باطل، وذهب آخرون إلى أنّه فاسد موقوف، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في محلّه. والفاسد من جملة أقسام البيع يتعلّق به بعض الأحكام، فلا ينبغي أن يخرُج من تعريف مطلق البيع. وسوف نذكر هذه التفاصيل في محلّها إن شاء الله تعالى.

٤- ركن البيع

هناك اختلافُ الاصطلاح في تعيين أركان البيع. فركنُه عند الحنفيّة: الإيجاب والقبول فقط. ويرى المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة أنّ العاقدين والمعقود عليه من جملة أركان البيع، إضافةً إلى الإيجاب والقبول، لأنّ ركن أيّ شيئ عندهم ما توقّف عليه وجودُ ذلك الشّيئ وتصوّرُه عقلاً، سواءٌ أكان جزءً من حقيقته أم لم يكن. ووجودُ البيع يتوقّف على كلٍّ من العاقدين والمعقود عليه، وإن لم يكن هؤلاء جزءً من حقيقته.[1]

ويرى الحنفيّةُ أنّ الرّكنَ في عقد البيع وغيره هو مبادلةُ شيئٍ مرغوبٍ بشيئٍ مرغوب.[2] وقد عبّره الآخرون عن الإيجاب والقبول.[3] أمّا العاقدان والمحلُّ، فممّا يستلزمه وجودُ الصّيغة، لا من الأركان، لأنّ ما عدا الصّيغة ليس جزءً من حقيقة البيع،

---

(١) الشّرح الصغير للدّردير ٣: ١٣ و ١٤ ومغني المحتاج ٢: ٣ وشرح منتهى الإرادات ٢: ١٤٠

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣١٨

(٣) الاختيار شرح المختار للموصلي ٢: ٤

www.besturdubooks.wordpress.com

وإن كان يتوقّف عليه وجوده. ولكنّ هذا الاختلافَ ليس له أثرٌ على الأحكام، لأنّ الجميع متّفقون على أنّ البيع لاينعقد إلاّ بوجود محلّ العقد والعاقدين وتبادل الإيجاب والقبول بينهما.

وعقّب الشّيخ مصطفى الزّرقاء رحمه الله تعالى على الرّأيين بكلام جيّد فقال:

"الرّكنُ في اصطلاح الفقهاء والأصوليّين هو مايكون به قِوامُ الشّيء أو وجوده بحيثُ يُعدّ جزءً داخلاً في ماهيّته. (ر: المصباح المنير، وتعريفات السّيد الجرجانيّ)... وركنُ العقد ما يُعبّر عن اتّفاق الإرادتين من إيجاب وقبول، أو ما يقوم مقامَهما كما سنرى، لأنّهما هما العنصران الذّاتيّان في ماهيّة العقد ومعناه. فبارتباطهما الشّرعيّ يقوم العقد...وعلى هذا لايُعتبر الفاعلُ ركناً في فعله بالمعنى الإصطلاحيّ للرّكن، لأنّ الفاعلَ ليس جزءً ذاتياً في معنى الفعل وماهيّته، وإن كان لابُدّ لكلّ فعلٍ من فاعلٍ. فالعاقدُ إذن لايُسمّى ركناً في العقد، لكنّ بعضَ الفقهاء كالإمام الغزاليّ يعُدّ العاقد ركناً في العقد باعتبار أنّه أحدُ جانبين أساسيّين في تكوينه... وهذا تساهلٌ في التّسمية، وإنّ التّحقيق ما قد بيّنّاه. فالعاقدان والمحلّ المعقود عليه تُعتبر من مقوّمات العقد، ولكنّها ليست أركاناً بالمعنى الإصطلاحيّ للرّكن. فالمقوّماتُ أعمّ من الأركان، لأنّها تشمل كلّ ما لايُمكن وجود العقد فعلاً بدونه من ركنٍ، أو عاقدٍ، أو محلٍّ." [1]

---

(1) المدخل الفقهيّ العامّ للشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى ١: ٣٨٩ و ٣٩٠ باب ٦ فصل ٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٥ـ الاختلاف في اصطلاح الإيجاب والقبول

وكذلك اختلفت اصطلاحاتُ المذاهب الفقهيّة في تعريف الإيجاب والقبول. فما مشى عليه المذاهبُ الثّلاثة من الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة أنّ اصطلاح "الإيجاب" مختصٌ بكلام البائع، و"القبول" مختصٌ بالمشترى. وأمّا في اصطلاح الحنفيّة، فالإيجابُ أوّلُ كلامٍ عُرض على الآخر لإنشاء العقد، سواءٌ أصدر من البائع، أم من المشترى. فإن بدأ المشترى وقال: "اشتريتُ منك كذا بكذا" فهو إيجاب، وقولُ البائع "قبلتُ" أو "بعتُ" قبول. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى:

"والإيجابُ لغةً: الإثبات لأيّ شيئٍ كان، والمراد هنا إثباتُ الفعل الخاصّ الدّالّ على الرّضا الواقع أوّلاً، سواءٌ وقع من البائع، كـ"بعتُ" أو من المشترى، كأن يبتدئ المشتري، فيقول: "اشتريتُ منك هذا بألف". والقبول: الفعل الثّاني، وإلاّ فكلٌّ منهما إيجاب، أى إثبات، فسُمّيَ الإثباتُ الثّاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأوّل، ولأنّه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأوّل."[١]

ولكنّ هذا الاختلاف أيضاً إنّما هو في الاصطلاح، وليس له كبيرُ أثرٍ في الأحكام، لأنّ الإيجاب، وإن كان يختصّ في المذاهب الثّلاثة بالبائع، ولكن لا يجب عندهم أن يكون الإيجابُ متقدّماً على القبول، أو أن يكونَ ابتداءُ إنشاء البيع من البائع، بل يجوز أن يبدأ المشترى بقوله مثلاً: "اشتريتُ منك كذا بكذا" ويقول البائع: "بعتُ". وفي هذه الصّورة يكون القبولُ متقدّماً على الإيجاب، وينعقد البيع. قال

(١) فتح القدير ٥: ٤٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فالإيجابُ أن يقول: بعتُك، أو ملّكتك، أو لفظٌ يدلّ عليهما، والقبولُ أن يقول: "اشتريتُ" أو "قبلتُ" ونحوهما. فإن تقدم القبولُ على الإيجاب بلفظ الماضي، فقال: "ابتعتُ منك" فقال: "بعتُكَ" صحّ، لأنّ لفظ الإيجاب والقبول وُجِد منهما على وجهٍ تحصُل منه الدلالة على تراضيهما به، فصحّ كما لو تقدّم الإيجاب."[1]

أمّا من ناحية مدلول اللّفظ، فاصطلاحُ الحنفيّة يبدُو راجحاً، لأنّ لفظَ "القبول" يقتضي أن يكون قبولاً لشيءٍ سابقٍ عليه. فإن لم يتقدّم الإيجاب، كيف يُطلق عليه لفظ "القبول"؟ وكيف يُعقلُ أن يكون القبولُ متعلّقاً بشيءٍ لم يحدُث بعدُ. ولذلك جرت الأعراف المعاصرة على اصطلاح الحنفيّة. و عرّفت مجلّةُ الأحكام العدليّة الإيجابَ والقبول على قول الحنفيّة بما يأتي:

"أولُ كلامٍ يصدُرمن أحد العاقدين لأجل إنشاء التّصرّف" والقبول: "ثاني كلامٍ يصدُر من أحدِ العاقدَين لأجل إنشاء التّصرّف. وبه يتمّ العقد."[2]

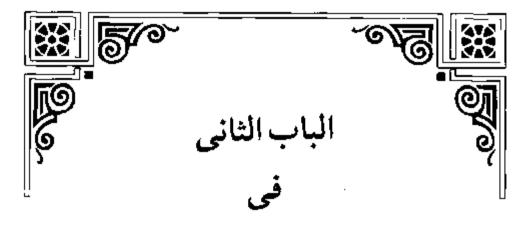
---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣ وراجع لمذهب المالكيّة منح الجليل لعليش ٢: ٤٦٣ ولمذهب الشّافعيّة المهذّب للشّيرازيّ مع شرحه ٩: ١٦٢

(٢) هذان التعريفان مأخوذان من مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٠١ و ١٠٢

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثانى

فى

أحكام الإيجاب والقبول

والكلامُ فى الإيجاب والقبول ينقسم إلى الكلام فى صيغتهما، وطريق أداءهما، وموافقتهما، وارتباطِهما زمنيًا، فنذكر خلاصة أحكامهما بهذا الترتيب:

٦- صيغة الإيجاب والقبول

أمّا صيغةُ الإيجاب والقبول، فهيَ كلُّ صيغة تُنبيء عن معنى التملّك والتمليك بعوض، مثل "بعتُ واشتريتُ" و "رضيتُ" أو "أعطيتك بكذا" أو "خُذْه بكذا أو "كُلْ هذا الطّعامَ بدرهم" وبالجملة، فلا يُشترط أن يكون الإيجاب أو القبول بلفظ "البيع" وإنّما ينعقد البيع بكلِّ لفظ تُنبيء عن ذلك عُرفاً، حتىَ قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى : "وفى عُرفنا يسمّى بيعُ الثّمار على الأشجار "ضماناً" فإذا قال: ضمنتُك هذه الثّمار بكذا وقبل الآخر، ينبغى أن يصح."[1]

---

(١) رد المحتار ١٤: ٣٩ فقرة ٢٢٢٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

ولو قال الرّجل لآخر: وهبتُ منك هذا الشّيئ بألف، وقال الآخر: قبلتُ، صحّ البيع. ولو قال المشتري: "اشتريتُ بكذا،" فقال البائع: "رضيتُ"، أو "أمضيتُ"، أو "أجزتُ"، صحّ البيع. وعن أبي يوسف رحمه الله: لو قال لآخر: "عبدي هذا لك بألف إن أعجبك"، فقال: "أعجبني"، فهذا بيع، كذا في الخلاصة. وكذلك إذا قال: "إن وافقك،" فقال: "وافقني." وكذلك إذا قال: "إن أردت"، أو "هويتَ"، فقال: "أردتُ"، أو "هويتُ"، فهذا بيعٌ كلّه في الجواب، وأمّا في الابتداء فلا يلزمه."[1]

٧- السّكوت ليس قبولاً

ولكن يجب لقبول الإيجاب أن يكون ملفوظاً أوعملاً، بأن يقبلَ المشتري المبيعَ، أويقبل البائعُ الثّمن. أمّا مجرّدُ السّكوت بعد الإيجاب، فلايُعدّ قبولاً. وذلك لما تقرّر من أنّ السّاكت لاينسب إليه قول. قال الأتاسيّ رحمه الله تعالى في شرح هذه القاعدة:

> "إنّ الشّرع ربَط معاملاتِ النّاس بالعبارات الدّالّة على المقاصد، وما جعل للسّكوت حكماً يُبنى عليه شيئ، كما تُبنى الأحكام على الألفاظ."[2]

وإنّ لهذه القاعدة مستثنيات، مثل كون سكوت البكر يدلّ على رضاها بالنّكاح، ولكن ليس البيع من جملة هذه المستثنيات. وعلى هذا لو أوجب البائعُ إلى المشتري بكتاب، وكتب في آخره: "إن لم أتسلّم أيّ جواب منك إلى مدّة أسبوع، فإنّي أعتبر ذلكَ قبولاً منك، ويتحتّم البيع" ولم يبعث المكتوبُ إليه جواباً في هذه

---

(١) الفتاوى الهندية ٣: ٤ لكن قال النوويّ رحمه الله تعالى: "لو قال بعتك هذا بألف إن شئت، فقال: شئت، لم يصحّ البيع بلا خلاف." (المجموع شرح المهذّب ٩: ١٧٠) والحاصل أنّ دلالة الصّيغ على البيع تبتنى على العرف.

(٢) شرح المجلة المادّة ٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

المدة، لم يصحّ البيع، لأنّ مجرّد السكوت لا يكفي للقبول، وإنّه لا يجوز للكاتب أن يلزم المكتوب إليه بما لا يلزمه.

٨- هل يجب أن يكون البيع بصيغة الماضي؟

ثمّ تتّفق المذاهب الفقهيّة في جملتها على أنّ الأصلَ أن يكون الإيجابُ والقبولُ في البيع بلفظين ماضيين، لا بلفظين يدلأن على الاستقبال، ولا بلفظين أحدهما مستقبل، والآخر للماضي.[١] وهذا التّقييد إنّما يختصّ باللّغة العربيّة، لأنّها تقصُر الألفاظ المنشئة للعقود على الألفاظ الماضية، ولأنّ صيغةَ المضارع فيها لا تتمحّض لمعنى الحال، بل تحتملُ الحالَ والاستقبالَ جميعاً. وصيغةُ الاستقبال لاينعقد بها البيع، لأنّه مساومةٌ، أووعد. فمَن قال: "بِعْني هذا الثّوب بعشرة"، فهذه مُساومة، وإذا قال: "أبيعُك"، فهذا وعد. فالمضارع والأمرُ لايدلأن على إنشاء العقد، فصيغةُ الماضي هي الّتي تدلّ على إنشاء العقد.

هذا هو الأصل في اللّغة العربيّة، ولكن إذا استعمل العاقدان صيغةَ المضارع، وصرّحا بأنّ مقصودهما الحالُ دون الاستقبال، صحّ بها البيع. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "واعلم أنّ عدمَ الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نيّة الحال. أمّا إذا تصادقا على نيّة البيع في الحال فينعقد به في القضاء، لأنّ صيغةَ الاستقبال تحتملُ الحال، فيثبت بالنّيّة."[٢]

أمّا في اللّغات الأخرى الّتي أُفردت فيها صيغةُ الحال عن صيغة الاستقبال،

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٣ وفتح القدير ٥: ٤٥٦

(٢) فتح القدير ومثله في ردالمحتار ١٤: ٤٠ فقره ٢٢٢٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com

واستُعملت لإنشاء العقود، كما في الأرديّة، والفارسيّة، والانكليزيّة، فلا يجب أن يكون الإيجابُ والقبول بلفظ الماضي، بل يجوزُ أن يكونا بصيغة الحال. نعم، لا ينعقد البيعُ بالصيغة الّتي تتمحّض لمعنى الاستقبال، لأنّها لم توضع لإنشاء العقد في الحال، وإنّما تدلّ على الوعد أو المساومة. وهنا أيضاً قد تكون صيغةُ الإنشاء مقدّرةً بالاقتضاء، مثلَ أن يقول المشتري: "اشتريتُ منكَ هذه الدّابة بألف درهم"، فقال البائع: "خُذها"، أو قال: "هاتِ الثّمن"، صحّ البيع، لأنّ تقديرَ قول البائع: "قبلتُ، فخُذها" أو "قبلتُ، فهاتِ الثّمن".

وبما أنّ صيغةَ العقد تختلف باختلاف اللغات، فإن مجلّةَ الأحكام العدليّة لم تُقيّدهما بصيغة مخصوصة، ونصّت في المادة ١٦٨ أنّ "الإيجاب والقبول في البيع عبارةٌ عن كلّ لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عُرف البلد والقوم."

٩ـ الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى العقد

ثم الّذي يظهر من الفروع التي ذكرها جمهور الفقهاء في تفسير الإيجاب والقبول: أنّهم يتصوّرون تحقّقَ الإيجاب إذا كان موجّهًا إلى شخص معيّن، أو جهة معيّنة، وإن كان هذا الشّرطُ غيرَ موجود بهذه الصّراحة في عامّة كتب الفقه.

ولكن يوجد عند المالكية فرعٌ يُجيز توجيهَ الإيجاب إلى عامّة النّاس. قال الدّسوقي رحمه الله:

"وأمّا لو عرَض رجلٌ سلعتَه للبيع وقال: "من أتاني بعشرة، فهي له"، فأتاه رجل بذلك، إن سمع كلامَه، أو بلغه فالبيعُ لازم، وليس للبائع منعُه، وإن لم

www.besturdubooks.wordpress.com

يسمعه ولا بلغه، فلا شيئ له. ذكره في نوازل البرزالي، ومثله في المعيار." [1]

وعند عدم التصريح بما يعارض هذا الفرع عند الفقهاء الآخرين، يمكن أن نستنبط أنَّ الإيجاب يُمكن توجيهه إلى عامة الناس، بشرط أن تكون عبارةُ الإيجاب واضحةً تدلُّ على إرادة إنشاء العقد، دونَ الدعوة المحضة إلى الشراء. فقولُ البائع في الفرع المذكور "من أتاني بعشرة، فهي له" صريحٌ في أنه يُريد إنشاءَ العقد بعشرة في الحال. وقاس عليه بعضُ المعاصرين أنّه لو عَرض البائعُ سلعتَه في الواجهة، ووضع قائمةَ الأسعار بإزائها، فإنّه يُعتبر إيجاباً، ويجب القولُ بانعقاد العقد إذا التقى هذا الإيجابُ بالقبول ممَن له أهليةُ التعاقد.

وعلى هذا مشى بعضُ القوانين الوضعيّة، مثل المادّة السّابعة من قانون الالتزامات السّويسري[2] والمادة (٨٠) من القانون المدنيَ العراقيَ[3]، ويخالفها في ذلك القانونُ الإنكليزيَ، حيثُ لا يَعتبر مجرّدَ عرض السّلعة بثمنٍ معيَن مكتوب إيجاباً قانونيّا، بل يعتبره دعوةً للشّراء، فلا يتمُّ العقد بقبول المشتري فحسب، بل يجب أن يصدُر منه الإيجاب للشّراء، والبائع مخيّرٌ في أن يقبله أويردّه، إلاّ إذا وقع منه التصريح بأنَ البيعَ يتمّ لأوّل مشترٍ يبذُل الثّمنَ المكتوب[4].

والّذي يتحصّل من كلام الفقهاء كما ذكرنا، أنَ عرضَ السّلع ليس إيجاباً في عامّة الأحوال، إلاّ إذا اتّصل به تصريحٌ من البائع يدلَ على أن عَرْضَه يمثّل الإيجاب،

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤، باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا

(٢) نظرية العقد، للأستاذ عبد الرزاق السنهوري، ص ٢٥٦

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ص ٩٨٠ بحث الدكتور كافي دونمز

(٤) CHITTY: ON CONTRACTS V- 1, P.48 ED. 1977

www.besturdubooks.wordpress.com

بحيث لايريدُ لإنشاء البيع إلاّ القبولَ من المشتري، وبما أنّ هذا الشّرط مفقود في عامّة العروض، فإنّها لا تُعدّ إيجاباً، وإنّما هي دعوةٌ للشّراء.

وكذلك الدّعوة العامّة عن طريق النّشرة في الصّحف والمجلاّت والإعلانات المنشورة عن طريق المذياع والتّلفزيون ليست إيجاباً، وإنّما هي دعوةٌ عامّةٌ للتّعاقد. فإن تقدّم أحدٌ بإيجاب الشّراء اعتماداً على هذه النّشرات أو الأسعار، فالبائعُ له خيارُ القبول، ولايتمّ البيعُ إلا بقبول منه. والتّاجرُ الّذي أعلن سعراً، ثم خالفه عند العقد، فإنّه تجري عليه أحكام خُلف الوعد من كونه خلافَ الدّيانة والأخلاق التّجاريّة، ولكنْ لايتمّ العقدُ إلاّ بقبوله.(١)

نعم، يُتصوّر الإيجاب الموجّه إلي الجمهور الّذي ذكره المالكيّة فيما يحصُل في البورصات العالميّة، حيثُ يسجّل رجلٌ إيجابَه في الحاسوب (الكمبيوتر)، وهذا الإيجاب موجّهٌ إلى كلّ من يقرأه، وهذا التّسجيلُ ليس دعوةً للشّراء فقط، وإنّما هو

---

(١) وعلى مثل هذا نصّ ميثاق الأمم المتحدة للبيوع الدولية (United Nation's Convention on Contracts for the International Sale of Goods) فجاء في المادة ١٤ منه ما يأتي:

(1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

(2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal. (CISG Article 14).

www.besturdubooks.wordpress.com

إيجابٌ موجهٌ إلى الجمهور بحكم العُرف. فكلُّ مَن سجّل قبولَه في الحاسوب، تمّ له البيع[1] دون أن يكون للطّرف الأوّل خيار.

١٠- طريق أداء الإيجاب والقبول

أمّا طريق أداء الإيجاب والقبول، فالأصلُ فيه المشافهة، وهو أن يتلفّظ كلٌّ واحدٍ من الفريقين بصيغة إنشاء العقد. ولكن إذا كان أحدُ العاقدين أخرس، فإنّه يكفي منه إشارةٌ مفهومة، سواء أكان عالماً بالكتابة أم لم يكن، لأنّ الإشاراتِ من الأخرس تقومُ مقامَ المشافهة في جميع تصرّفاته، فلايجب أن يتكلّف الكتابةَ للإيجاب أو القبول.[2]

أمّا إذا كان قادراً على التّكلم، فلا ينعقد البيع بالإشارة فقط.[3] قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى: "أمّا القادر على النُّطق، فلا تقوم إشارتُه مقامَ النُّطق عند الأكثرين."[4]

ونقل ابن عابدين رحمه الله تعالى عن الحاوي للزّاهديّ أنّ الفضوليَّ إذا باع مالَ غيره، فبلغه، فسكت متأمّلاً، فقال ثالث: "هل أذنت لي في الإجازة؟" فقال: "نعم"، فأجازه، ينفُذ. ولو حرّك رأسه بـ "نعم" فلا، لأنّ تحريكَ الرّأس في حقّ النّاطق لا يُعتبر. ثمّ قال ابنُ عابدين: "لكن قد يقال: إذا قال له: "بعني كذا بكذا"، فأشار برأسه: "نعم"، فقال الآخر: "اشتريتُ"، وحصل التّسليم بالتّراضي، يكونُ بيعاً بالتعاطي".[5]" فالبيعُ إنّما انعقد

---

(١) بشرط أن تتوافر فيه الشروط الأخرى لصحة البيع

(٢) قال النّوويّ رحمه الله تعالى: "يصحّ بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة وبالكتابة بلا خلاف للضّرورة." (المجموع شرح المهذّب ٩: ١٧١) ومثله في المغني لابن قدامة ٤: ٩

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر ١: ١٢٢

(٤) فتح الباري، كتاب الطلاق، قبيل باب اللعان ٩: ٤٣٨

(٥) ردالمحتار ١٤: ٤٠ فقره ٢٢٣٢١

www.besturdubooks.wordpress.com

فيه بالتعاطي، لا بالإشارة.

١١ - البيع بالكتابة والآلات الحديثة

وكذلك يجوز أن يُعقد البيعُ بالكتابة والرّسالة. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "صورةُ الكتابة أن يكتُب: "أمّا بعد، فقد بعتُ عبدي فلاناً منك بكذا". فلمّا بلغه الكتاب، قال في مجلسه ذلك: "اشتريتُ"، تمّ البيع بينهما. وصورةُ الإرسال: أن يُرسل رسولاً، فيقولَ البائع: "بعتُ هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهب يا فلان! وقُل له." فذهب الرّسولُ فأخبره بما قال، فقبِل المشتري في مجلسه ذلك.... ويكونُ بالكتابة من الجانبين. فإذا كتب: "اشتريت عبدك فلاناً بكذا." فكتب إليه البائع: "قد بعتُ." فهذا بيع، كما في التتارخانيّة[1]."

ويُقاس عليه التّلكس والفاكس، حيث يجوزُ الإيجاب والقبول بهما، بشرط أن يكونا آمنَين من التّزوير. وجاء في قرار (٥٤\٣\٦) لمجمع الفقه الإسلاميّ بجدّة:

"إذا تمّ التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكانٌ واحد، ولا يرى أحدُهما الآخرَ معاينةً، ولايسمع كلامَه، وكانت وسيلةُ الاتّصال بينهما الكتابةَ أو الرّسالةَ أو السّفارة (الرّسول) وينطبقُ ذلك على البرق والتّلكس والفاكس وشاشات الحاسوب الآليّ (الكمبيوتر). ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجّه إليه وقبوله..

وما يتعلّق باحتمال التّزييف، أو التّزوير، أوالغلط، يُرجع فيه إلى القواعد

---

(١) ردالمحتار ١٤: ٤٥ فقره ٢٢٢٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

العامة للإثبات"[١]

وأمّا الهاتف (التليفون) والجهاز اللاسلكي، فالتعاقد بهما كالتعاقد مشافهة، وإن كان أحدهما لا يرى الآخر، لأنّ ذلك ليس بشرط لصحّة العقد. قال النّووي رحمه الله:

"لو تناديا، وهما متباعدان، وتبايعا، صحّ البيع بلا خلاف"[٢]

ولهذا نصّ القرار السّابق لمجمع الفقه الإسلامي في مادّته الثّانية مايلي:

"إذا تمّ التعاقد بين طرفين في وقت واحد، وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإنّ التعاقد بينهما يُعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتُطبّق على هذه الحالة الأحكام الأصليّة المقرّرة لدى الفقهاء"

ولكنّ العقد بين شخصين متباعدين، سواء أكان بطريق التّلكس والفاكس، أم بطريق الهاتف أو الجهاز اللاسلكي، إنّما يصحّ فيما لا يُشترط فيه القبض في مجلس العقد. أمّا العقود الّتي يُشترط فيها التّقابض من الجانبين، كالصّرف، فإنّها لا تتمّ بهذه الآلات، إلاّ إذا كان لكلّ واحدٍ منهما وكيلٌ بالتسلّم عند الآخر، فيتسلّم وكيلُ كلّ واحدٍ منهما ما وجب لموكّله في مجلس إجراء الاتّصال، أو عن طريق بنكٍ في بلد كلّ واحد منهما فيه رصيدٌ لكليهما، كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى. وإلاّ فيعتبر هذا الاتّصالُ الآليّ مساومةً، أو وعداً بالعقد، ويتمُّ العقد في وقتٍ لاحقٍ يتحقّق فيه القبض المشروط.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس ٢: ١٢٦٧ و ١٢٦٨

(٢) المجموع، شرح المهذب للنووي، دار الطباعة المنيرية ٩: ١٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

١٢- موافقة الإيجاب للقبول

يجب لصحة العقد أن يكون القبولُ موافقاً للإيجاب في المبيع وقدره وصفته، وفي قدر الثمن وجنسه، وفي شرط الخيار. فإذا خالف القبولُ الإيجابَ في أحد هذه الأشياء، لم يتمّ به العقد. فلو قال البائع: "بعتُك هذا الثوب الذي هو عشرةُ أذرع بمائتي ربية"، فلا بدّ أن يقع قبولُ المشتري على جميع هذه التفاصيل. وليس له أن يقبل خمسة أذرعٍ من ذلك الثوب بمائة ربية، أو يقبلَ الثوبَ كلّه بثمنٍ أقلّ، أو يقبله بشرط الخيار لنفسه، ولو فعل شيئاً من ذلك لم يتمّ به البيع. وإنّما يُعتبر إيجاباً جديداً من قِبَله، ويحتاج إلى قبول البائع. فإن قبل البائع، صار الإيجابُ الأول باطلاً، وكلام المشتري إيجاباً جديداً، ورضا البائع قبولاً، وينعقد البيع على هذا الوجه.[١]

وينطبق هذا الأصلُ أيضاً على ما إذا أوجبَ أحد المتبايعين في أشياء متعددة بصفقة واحدة، وعيّن لكل منها ثمناً على حدة. مثلاً: لو قال البائع: "بعتُ هذه الأثواب الثلاثة، كلُّ واحدٍ بمائة ربية،" وقال المشتري: "قبلت أحدهما بمائة ربية،" لاينعقد البيع[٢]، لأنّ الإيجابَ إنّما وقع على ثلاثة أثواب مجموعة، فليقع القبولُ عليها جميعاً، ولا يجوز تفريق هذه الصفقة من قبل المشتري. وهوالّذي يُسمّيه الفقهاء تفريقَ الصفقة قبل التمام.

قال الكاساني رحمه الله تعالى:

"والصفقةُ إذا وقعت مجتمعةً من البائع، لايملكُ المشتري تفريقَها قبل التمام، لأنّ من عادة التجّار ضمَّ الرّديء إلى الجيّد، ترويجاً للرّديء بواسطة

---

(١) درر الحكام، لعلي حيدر ١:١٢٨

(٢) الفتاوى الهندية ٣:١٤ مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الجيّد، فلو ثبت للمشتري ولاية التّفريق لَقَبِل في الجيّد دون الرّديء، فيتضرّر به البائع، والضّرر منفيّ، ولأنّ غرض التّرويج لايحصل إلاّ بالقبول فيهما جميعاً، فلايكونُ راضياً بالقبول في أحدهما، ولأنّ القبولَ في أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس."[1]

نعم، يعتبر قوله إيجاباً جديداً من المشتري، فيتوقّف على قبول البائع.

١٣- الموافقة الضمنيّة للإيجاب

وقد تكون موافقةُ الإيجاب والقبول ضمناً، وهي كافيةٌ لانعقاد البيع، مثل أن يقع الإيجابُ من البائع بثمن، ويقع قبولُ المشتري بثمنٍ أكثر منه، فلو قال البائع: "بعتك هذا الثّوب بمائة"، فقال المشتري: "قبلتُه بمائة وعشرة"، انعقد البيعُ على المائة[2]، لأنّ قبولَ المشتري بمائة وعشرة يتضمّن قبولَه بمائة، والقدرُ الّذي زاده المشتري في القبول لا يلزمه دفعُه، إلاّ إذا قبلها البائع في المجلس، فحينئذٍ يجب على المشتري دفعُها.

وكذلك إن أوجب المشتري بثمن، فقبِل البائع بثمنٍ أقلّ منه، انعقد البيع على القدر الأقلّ، لأنّ الموافقةَ قد حصلت ضمناً.

وهذا الحكم يجري أيضاً فيما إذا كانت الزّيادةُ المعروضةُ من قِبل المشتري من غير جنس الثّمن المذكور من قبل البائع. فلو قال البائع: "بعتُ هذا الثّوب منك بمائة

(١) بدائع الصنائع، الشروط التي ترجع إلى نفس العقد ٥: ٢٢٣

(٢) المجلة، مادة ١٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com

ربّية"، وقال المشتري: "اشتريتُه بمائة ربية وخمس ريالات سعودية"، انعقد البيعُ على مائة ربّية، ولايلزم المشتريَ دفعُ خمس ريالات، إلاّ إذا قبلها البائعُ في المجلس. وكذلك لوقال المشتري: "اشتريتُه منك هذا الثوبَ بمائة ربّية وخمس ريالات"، وقال البائع: "بعتُه منك بمائة ربية فقط"، انعقد البيع على مائة ربّية.

أمّا إذا كان هناك مباينةٌ بين الثّمن المذكور في الإيجاب والثّمن المذكور في القبول، فإنّها لا تعتبر موافقةً ضمنيّة، فلا ينعقد البيع. وهذا كما إذا قال البائع: "بعتُ هذا الثّوبَ منك بمائة ربية، فقال المشتري: قبلتُه بخمسة عشر ريالاً سعوديّاً"، لا ينعقد البيع، (سواء كانت قيمةُ خمسة عشر ريالاً أكثرَ من مائة ربّية) لأنّ بين الربّية والرّيال مباينةً، وقد يُريد البائع ربّيات، ولا يريد الرّيالات، فلم تحصّل الموافقة بين الإيجاب والقبول[1].

١٤- الارتباط بين الإيجاب والقبول

وكذلك يجب لصحّة البيع أن يكون القبولُ مرتبطاً بالإيجاب. ويجب لهذا الارتباط أن يتحقّق أمران:

الأوّل: أن يكون القبولُ في جواب الإيجاب. فإن كان مستقلاً عنه، فلا يُعتبر قبولاً، وإنّما هو إيجابٌ آخر. وعلى هذا، لوكتب زيد إلى عمرو: "بعتُك سيارتي بمائة ألف" وقبل أن يصلَ الكتابُ إلى عمرو، كتب هو (أي عمرو) إلى زيد: "اشتريتُ منك سيّارتك بمائة ألف." ولم يعلم أحدُهما بكتاب الآخر إلاّ بعد إرسال كتاب

(١) راجع دُرر الحكام، لعلي حيدر ١:١٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

نفسه، فمجردُ وصول الكتابين إلى زيدٍ وعمروٍ لا يُعدّ بيعاً بينهما، بل كلٌّ واحدٍ من الكتابين إيجاب، فللآخر أن يقبله أو يردّه، ولا يتمّ البيعُ حتىّ يصدر هناك قبولٌ من أحدهما، لأنّ كتابَ كلّ واحد منهما إنّما صدر إيجاباً للبيع، وكلٌّ واحد منهما يعرف أنّه يحتاج إلى قبول الآخر، وأنّه يجوز له الرّجوعُ عن إيجابه قبل أن يقبله الآخر، فلا يسقط حقُّ رجوعه عنه لمجرّد أنّ الآخرَ أصدر إيجاباً مماثلاً آخر.

والثّاني: أن تصحَّ إضافةُ القبول إلى الإيجاب بوجهٍ معقول، دون أن يتخلّل بينهما ما يقطع هذه الإضافة عرفاً. وهذا الارتباطُ يختلف باختلاف الأحوال. فإذا كان العقدُ بين شخصين حاضرين، فقد ذكر الفقهاء أنّ الرّابطَ بينهما هو المجلس. فإذا أوجب البائعُ، فللمشتري أن يقبلَه ما داما في المجلس. أمّا إذا انقطع المجلسُ قبلَ القبول، بطل الإيجاب. فلا يجوز للمشتري أن يبنيَ قبولَه على ذلك الإيجاب، فلا ينعقد البيع بقبوله بعد المجلس. ولو فعل ذلك ،كان إيجاباً جديداً من قِبله، فيحتاج إلى قبول البائع. وكذلك لو خرج قبول المشتري ورجوع البائع معاً، فإنّه يُبطل الإيجاب، ولا ينعقد به البيع.[1]

١٥ – تعاقد البيع بالمراسلة

أمّا إذا كان التّعاقدُ بين غائبين بالمراسلة، فقد ذكر الفقهاء أن المعتبر مجلس وصول الرّسول أو الخطاب. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"أمّا الرّسالة، فهي أن يرسل رسولاً إلى رجل، ويقول للرّسول: "إنّي بعتُ

---

(١) شرح المجلة للأتاسي، مادة ١٨٤ عن الخانية والتتارخانية

www.besturdubooks.wordpress.com

عبدي هذا من فلان الغائب بكذا، فاذهب إليه وقُل له: إنّ فلاناً أرسلني إليك، وقال لي: قُل له: إنّي قد بعتُ عبدي هذا من فلان بكذا، فذهب الرّسول، وبلّغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك: "قبلتُ"، انعقد البيع، لأنّ الرّسولَ سفيرٌ ومعبّر عن كلام المرسِل، ناقلٌ كلامَه إلى المرسَل إليه، فكأنّه حضر بنفسه فأوجب البيع، وقبل الآخر في المجلس.

"وأمّا الكتابة، فهيَ أن يكتب الرّجل إلى رجل: "أمّا بعد، فقد بعتُ عبدي فلاناً منك بكذا"، فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه: "اشتريت"، لأنّ خطابَ الغائب كتابه، فكأنّه حضر بنفسه، وخاطب بالإيجاب، وقبل الآخر في المجلس[1]."

وقال الغزاليّ في الفتاوى:

"إذا صحّحنا البيعَ بالمكاتبة، فكتب إليه، فقَبِلَ المكتوبُ إليه، ثبت له خيارُ المجلس ما دام في مجلس القبول... ويتمادى خيارُ الكاتب إلى أن ينقطع خيارُ المكتوب إليه، حتّى لو علم أنّه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسَه، صحّ رجوعُه، ولم ينعقد البيع. والله أعلم"[2]

وظاهرُ مثلِ هذه النّصوص الفقهيّة أنّ الإيجابَ إنما يبقى إلى آخر مجلس وصول الكتاب، فلو لم يقبل المكتوبُ إليه في نفس المجلس الّذي تسلّم فيه الكتاب، سقط الإيجاب. فلايجوز له أن يبنيَ قبوله عليه. ولئن كتب إليه بعد ذلك موافقته للعقد،

---

(١) بدائع الصنائع ٥:١٣٨

(٢) المجموع شرح المهذب ٩:١٦٨ وراجع أيضا كشاف القناع للبهوتي ٣: ١٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنما يكون إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول الموجب الأول. ولكنّ هذا فيه حرجٌ لا يخفى، لأنّ امتداد الإيجاب وخيارَ قبوله إلى آخر مجلس العقد، إنماشُرع للتأمّل والتروّي، كماصرّح بذلك الكاسانيّ رحمه الله. ويكفي لذلك مجلسُ العقد بين الحاضرَين، لأنّ العادةَ أن يكون مثلُ هذا المجلس بين الحاضرين يستمرّ إلى أن يحصُل التروّي، ولو انقطع المجلس، فإنّه يسهُل تجديد الإيجاب بين الحاضرَين، بخلاف مجلس وصول الكتاب، فإنّه قد يصلُ الكتاب في حالة مستعجلة لا تكفي للتّروّي، ولو انقطع المجلس. فلا يسهُل تجديد الإيجاب.

ثمّ إنّ إثباتَ القبول في المجلس عند حضور الفريقين سهل، بخلاف الغائبين، فإنّ هناك صعوبةً في إثبات أنّ المكتوبَ إليه قَبِل في مجلس وصول الكتاب أو بعده، فينبغي أن يكون هناك فرقٌ بين العقد الشّفهي والعقد الكتابي.

ولعلّ البعضَ من الفقهاء الحنفيّة تنبّهوا لهذه الفروق بين الخطاب والكتاب، والتمسوا الحلولَ لهذه المشاكل. فقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه:

"الكتاب والخطاب سواءٌ إلاّ في فصلٍ واحد. وهو أنّه لو كان حاضراً، فخاطبها بالنّكاح، فلم تُجب في مجلس الخطاب، ثم أجابت في مجلس آخر، فإنّ النّكاح لا يصحّ، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب، ولم تُزوّج نفسَها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوّجت نفسَها في مجلس آخر بين يدي الشّهود، وقد سمعوا كلامَها وما في الكتاب، يصحّ النّكاح، لأنّ الغائبَ إنّما صار خاطباً لها بالكتاب، والكتابُ باقٍ في المجلس الثّاني، فصار بقاءُ الكتاب في مجلسه، وقد سمع الشّهودُ ما فيه في المجلس الثّاني، بمنزلة ما لو تكرّر الخطابُ من الحاضر في مجلسٍ آخر. فأمّا إذا كان حاضراً، فإنّما

www.besturdubooks.wordpress.com

صار خاطباً لها بالكلام، وما وُجد من الكلام لايبقى إلى المجلس الثّانى، وإنّما سمع الشّهود فى المجلس الثّانى أحد شطري العقد[1]"

ونقل ابن عابدين رحمه الله هذا القول، ثم أعقبه بقوله:

"وحاصله: أنّ قوله: "تزوّجتك بكذا" إذا لم يوجد قبول، يكون مجرّدُ خِطْبة منه لها، فإذا قبلت فى مجلسٍ آخر، لايصحّ، بخلاف ما لوكتب ذلك إليها، لأنّها لما قرأت الكتاب ثانياً وفيه قوله" تزوّجتك بكذا" وقبلت عند الشّهود صحّ العقد، كما لوخاطبها به ثانياً، وظاهرُه أنّ البيع كذلك، وهو خلاف ظاهر الهداية، فتأمّل[2]."

وقد ذكر ابن عابدين هذه المسئلة فى كتاب النّكاح نقلاً عن المحيط أيضاً، وعلّله فى المحيط بأنّ الكتابَ قائمٌ فى مجلس آخر، وقراءتُه بمنزلة خطاب الحاضر، فاتّصل الإيجابُ بالقبول، ثمّ فرّع عليه ابنُ عابدين فقال: "ومقتضاه أنّ قراءةَ الكتاب فى مجلس آخر لابدّ منها، ليحصل الاتّصالُ بين الإيجاب والقبول[3]." ولكنّ الظّاهر أنّ هذ التّفريع تدقيقٌ فى غير موضعه، وقد رأيتَ أنّ شيخَ الإسلام خواهرزادة رحمه الله تعالى لم يقيّد صحّةَ القبول بقراءة الكتاب مرّةً ثانية، وإنّما علّله ببقاء الكتاب، والظّاهر أنّ قراءتَه مرّة ثانيةً لا تجب للاتّصال بين الإيجاب والقبول، لأنّ الإيجابَ فعلُ الكاتب، ولا علاقةَ له بالقراءة الّتى هيَ فعلُ المكتوب إليه. ومعنى التّعليل الّذى ذكره شيخُ الإسلام خواهرزاده أنّ الكاتب حينما أثبت إيجابَه فى كتاب، فكأنّما أراد أن يستمرّ

---

(١) البحر الرائق، لابن نجيم ٥: ٢٩١

(٢) ردالمحتار ١٤: ٤٦ فقره ٢٢٢٤٥

(٣) ردالمحتار ٨: ٥١ فقره ١١١٧٤

www.besturdubooks.wordpress.com

هذا الإيجابُ إلى أن يقبله المكتوب إليه أويرفُضه. فبقاءُ الكتاب في حيازة المكتوب إليه بقاءٌ للايجاب بصفة مستمرّة، فلا يبطلُ هذا الإيجاب بمجرّد انقضاء مجلس وصول الكتاب. وإنّ هذا الموقف هو الأسلم، وخاصّةً بالنّظر إلى طريق تعامل النّاس في الظّروف الحاضرة. فإنّ الكتابَ في الأزمنة القديمة إنّما كان يحمله شخصٌ يأتي به إلى المكتوب إليه، وكان المفروضُ في غالب الأحيان أن يتلقّى منه جواباً سلبياً أو إيجابياً، ويوصله إلى الموجب. أمّا في عصرنا، فالكتابُ ربّما يُرسَل عن طريق البريد، أو التّلكس أو الفاكس، وليس هناك من يحمله وينتظر الجواب في مجلس وصوله. ولذا، فموقفُ شيخ الإسلام خواهرزاده هو الموقف العمليّ اليوم. ومادام أنّه لايصادم نصّاً من القرآن والسنّة، فلابأس بالأخذ به في الظّروف الحاضرة، رغم أنّه مخالفٌ لظاهر ما في الهداية وغيرها، كما نبّه عليه ابنُ عابدين رحمه الله تعالى. ولذلك اختاره بعضُ الفقهاء المعاصرين، مثل الشيخ عليّ الخفيف رحمه الله تعالى.[1]

١٦ – حالات سقوط الإيجاب

فإذا تقرّر أنّ الإيجابَ لايسقط بمجرّد انقضاء مجلس وصول الكتاب عن طريق البريد أوالتّلكس أو الفاكس، فمتى يسقط؟ والظّاهر أنّه يسقط بإحدى الحالات الأربع:

الأوّل: أن يرفُض المكتوبُ إليه قبولَ الإيجاب صراحةً، إمّا شفاهاً، وإمّا كتابةً.

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية، طبع دارالفكر العربي ص ١٧٨ هامش ٢، وص ١٧٩ كما نقل عنه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد السادس، الجزء الثاني ١٤١٠هـ- ص ١٠٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الثاني: إن كان الموجبُ قيّد القبولَ بمدّة محدّدة، فالإيجاب يبطُل بانقضاء تلك المدّة.

الثالث: أن يرجع الموجبُ عن إيجابه قبل قبول المكتوب إليه.

الرّابع: أن يسكُت المكتوبُ إليه مدّةً طويلةً بحيثُ يدلّ بحكم العرف على رفضه للإيجاب.

١٧ - سقوط الإيجاب بالرفض

أمّا الحالة الأولى، وهي رفض المكتوب إليه للإيجاب، فلا شكّ في سقوط الإيجاب عندئذ، لأنّ بقاء الإيجاب إنّما كان لصالحه، فرفضُه إسقاطٌ لحقّه، فيعتبر. وقد صرّح الفقهاء في التّعاقد بين الحاضرَين أنّه إذا أوجب أحدهما، فرفض الآخر سقط الإيجاب، وإن كان المجلسُ باقياً. جاء في الفتاوى الخانيّة:

"رجلٌ قال لغيره: "بعتُك هذا بألف درهم"، فقال: "لا أقبل، بل أعطنيه بخمسمائة"، ثم قال: "قد أخذتُه بألف درهم". قال أبو يوسف رحمه الله: إن دفعه إليه فهو رضاً، وإلاّ فلا[١]."

وهذا لأنّ المشتريَ رفض الإيجابَ الأول بقوله "لاأقبل"، فسقط الإيجاب. ثمّ تقدّم بإيجاب جديد من قِبَله بشراءه بخمسمائة، ثم عاد إلى الإيجاب الأول، فاعتبره الفقهاء

(١) الفتاوى الخانية، بهامش الفتاوى الهندية ٢: ١٣١ وقال الطحطاوي: "إذا أوجب أحد المبايعين البيع فرد الثاني إيجابه يبطل الإيجاب، فلو حصل القبول بعدئذ فلا ينعقد البيع." حكاه علي حيدر في دررالحكام ١: ١١٤ والظاهر أنّ هذا الحكم لاخلاف فيه بين الفقهاء، وإن لم أجد ذلك صراحةً في كتب غير الحنفيّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

إيجاباً ثالثاً، ولذلك لم يُلزموا به البيعَ إلاّ برضا الموجب الأول، ولم يعتبروه قبولاً للإيجاب الأوّل، لكونه قد سقط بعد الرَفض، وإن كان المجلسُ قائماً. فدلَّ على أنَّ الإيجاب يسقط برفض الفريق الآخر مطلقاً.

١٨ – سقوط الإيجاب الموقّت بمضيّ المدّة

أمّا الحالة الثانية، فهي أن يحدّد الموجبُ مدةً للقبول، فيُعطي الآخرَ الخيارَ للقبول موقّتاً بتلك المدّة، مثل أن يكتب إليه: "بعتُك هذا الشّيء بشرط أن تقبله إلى يوم الجمعة." ونستطيع أن نسمّيه "إيجاباً موقّتاً." ولم أجد في عامّة كتب الفقه نصّاً صريحاً في هذا الموضوع، ولكن وجدتُ عند الفقهاء الحنفيّة ما يدلّ على جوازه بما يقاربُ الصّراحة. فقد ذكر ابن نُجيم في البحر الرائق:

"ولو قال: "بعت منك بألف إن شئت يوماً إلى الليل" كان تنجيزاً لاتعليقاً."[١]

وجاء في فتاوى قاضي خان:

"رجل قال لآخر: "اذهب بهذه السّلعة وانظر إليها اليوم، فإن رضيتها فهيَ لك بألف درهم"، فذهب بها، جاز. وكذا لوقال: "إن رضيتَها اليومَ، فهي لك بألف درهم"، جاز، وهو بمنزلة قوله: "بعتك هذا العبد بألف درهم على أنك بالخيار اليوم."[٢]

---

(١) البحر الرائق ٥:٢٦

(٢) الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٢:١٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وجاء في الفتاوى الهندية بعد ذكرهاتين المسئلتين: "وهذا استحسانٌ أخذبه علماؤنا الثلاثة، كذا في الذخيرة."[1]

وكذلك الضوابط الفقهيّة تقتضي أن يكون توقيتُ الإيجاب صحيحاً. وذلك لأنّ التوقيتَ إمّا أن يكون لتضييق مدة القبول أو لتوسيعه، فإن كان للتضييق، مثل أن يقول: "بعتك بشرط أن تقبل في دقيقتين." فحاصله أنه يرجع عن إيجابه بعد دقيقتين إن لم يتمّ القبول من الآخر، وهو يملك الرّجوع كما سيأتي إن شاء الله تعالى. أمّا إذا كان التّوقيتُ لتوسيع مدة القبول، مثل أن يوقّت مدة ثلاثة أيام، أو أسبوع مثلاً، فالظّاهر أنّ انقضاء الإيجاب عند انقضاء المجلس كان لحقّه،[2] فيملك إسقاط حقّه بالتّمديد في أجله، أو يقال: إنّه متى وسّع في مدة الإيجاب بالتّوقيت، فكأنّه لا يزال يكرّر إيجابه إلى نهاية المدة، وهو يملك ذلك أيضاً، ولاشيءَ يمنعه من ذلك. فتبيّن أنّ توقيت الإيجاب لامانع منه.

ومعنى توقيت الإيجاب إلى زمنٍ معيّن أنّه يُمكّن الطّرفَ الآخرَ من أن يبني قبوله على ذلك الإيجاب بعد انقضاء المجلس إلى ذلك الزّمن المعيّن. أمّا أثرُ التّوقيت في حقّ الطّرف الموجب، فأنّه وعدٌ ببقاء الإيجاب إلى ذلك الوقت. ويجبُ عليه ديانةً أن يفي بوعده إلاّ لعذرٍ مقبول. ولكن لايمنعه ذلك قضاءً أن يرجع عن إيجابه قبلَ حلول الوقت المحدّد. وذلك لما سيأتي أنّ الإيجاب يجوز الرّجوعُ عنه

---

(١) الفتاوى الهندية ٣:٥

(٢) قال البابرتي: ((إن في ابطاله (أي الإيجاب) قبل انقضاء المجلس عسر بالمشتري وفي إبقاءه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعاً)) راجع العناية مع الفتح ٥:٤٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

عند جمهور الفقهاء قبل تمام القبول. فلو امتدّ الإيجاب إلى ما بعد المجلس بالتّوقيت، فإنّه لا يسلب حقّ الرّجوع من الموجب.[1]

١٩- رجوع الموجب عن الإيجاب

والحالة الثّالثة لسقوط الإيجاب: أن يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول المكتوب إليه. وهذا على قول جمهور الفقهاء. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

" إذا وُجد أحدُ الشّطرين من أحد المتبايعين، فللآخر خيارُ القبول، وله خيارُ الرّجوع قبل قبول الآخر؛ لما رُوِيَ عن أبي هريرة عن النبي – عليه الصلاة والسلام – أنّه قال: "البيّعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما". والخيارُ الثّابت لهما قبل التّفرق عن بيعهما هو خيارُ القبول، وخيارُ الرّجوع؛ ولأنّ أحد الشّطرين لو لزم قبل وجود الآخر، لكان صاحبُه مجبوراً على ذلك الشّطر، وهذا لا يجوز."[2]

وقال النّوويّ رحمه الله تعالى:

"إذا وُجد أحد شقّي العقد من أحدهما اشتُرط إصراره عليه حتّى يوجد الشّقّ الآخر، واشتُرط أيضاً بقاؤهما على أهليّة العقد، فلو رجع عنه قبل وجود الشّقّ الآخر، أو مات، أو جُنّ أو أُغمي عليه، بطل الإيجاب. فلو قبل

---

(١) وهذا ما أخذت به القوانين الوضعيّة الإنكليزيّة أيضاً، حيث قالوا إنّ تحديد الإيجاب إلى وقت معيّن لايمنع الموجب عن رجوعه عن الإيجاب ولو قبل حلول ذلك الوقت راجع Chitty On Contracts, para 84

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣١٩

الآخر بعده لم يصحّ."[1]

وقال البهوتي رحمه الله تعالى:

"(و) صحّ (تراخي أحدهما) أي الإيجاب والقبول عن الآخر (والبيعان بالمجلس لم يتشاغلا بما يقطعه) أي البيع (عرفاً)؛ لأنّ حالةَ المجلس كحالة العقد؛ لأنّه يكتفى بالقبض فيه لما يعتبر فيه القبض، فإن تفرّقا عن المجلس قبل إتمامه، أو تشاغلا بما يقطعه عرفاً بطل؛ لأنّهما أعرضا عنه. فأشبه ما لو صرّحا بالرّدّ."[2]

وخالفهم المالكيّة، فقالوا: إنّ الإيجابَ متى صدر عن أهله، فإنّ الموجِب ملزَمٌ به، ولا يصحّ رجوعُه عنه. قال الحطّاب نقلاً عن ابن رُشد:

"لو رجع أحدُ المتبايعين عمّا أوجبه لصاحبه قبل أن يُجيبه الآخرُ لم يُفِدْه رجوعُه إذا أجابه صاحبُه بعدُ بالقبول."

ثمّ قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

"وحكى القرطبيّ في تفسير قوله تعالى: "وأحلّ الله البيع" في ذلك خلافاً، وظاهرُ كلامه أنّه في المذهب روايةٌ عن مالك. ولكنّ الجاريَ على المذهب ما ذكره ابن رشد."[3]

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩: ١٦٩

(٢) شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ٢: ٦

(٣) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ هذا الموقف يبدو مخالفاً لظاهر قوله عليه الصّلاة والسّلام: "البيّعان كلُّ واحدٍ منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا، إلاّ بيعَ الخيار." (١) سواء أكان المرادُ من التفرّق فيه التفرّقَ بالأبدان، على رأي الشّافعية والحنابلة، أو التفرّق بالأقوال، على رأى الحنفيّة والمالكيّة. وإنّ الحديث صريحٌ فى أنّ لكلّ واحدٍ من المتعاقدين خياراً للرّجوع أو الرّفض قبل أن يتمّ الإيجابُ والقبول. فكيف يُقال إنّ الموجبَ لاخيارَ له فى الرّجوع عن إيجابه قبل تمام العقد؟ ثمّ إنّ فى إلزامية الإيجاب حرجاً بيّناً للموجب، فالظّاهر أنّ قولَ الجمهور فى هذا الباب أرجحُ بالنّسبة إلى قول المالكيّة.

وقد ذكر الفقهاء أنه يجب لصحّة الرّجوع عن الإيجاب أن يسمعه الآخر. فلو قال البائع مثلاً: "رجعتُ" ولم يسمع المشترى رجوع البائع وقال: "اشتريتُ" ينعقد البيع. ولكنّ هذا إذا علم الآخرُ بالإيجاب. فلو رجع الكاتب أو المراسل عن الإيجاب الذى كتبه أو أرسله قبل بلوغ الآخر أو قبوله، فإنّ رجوعه يصحّ، سواءٌ علم الآخر او لم يعلم، حتّى لو قبل الآخرُ بعد ذلك، لايتمّ. (٢)

٢٠- سكوت المكتوب إليه إلى مدة طويلة

رجّحنا فيما سبق أنّ خيارَ القبول فى المكاتبة لايقتصرُ على مجلس وصول الكتاب،

(١) الحديث أخرجه البخارى فى البيوع (مع الفتح ٤:٣٢٨) والأئمة الخمسة

(٢) شرح المجلة للأتاسي مادة ١٨٤ عن الخلاصة والتتارخانية. وعلى هذا مشى ميثاق للأمم المتحدة للبيوع الدولية (CISG) فجاء في المادة ١٥ منه ما يأتى:

(1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.

(2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer. (CISG Article 15).

www.besturdubooks.wordpress.com

بل يبقى بعد انقضاء المجلس أيضاً. فلو كان موقّتاً بوقت، فإنّه ينقضي عند انقضاء ذلك الوقت (وينبغي للموجب اليوم أن يقيّد الإيجاب بمدّة محددة)، وكذلك ينقضي الإيجابُ برفض أحد المتعاقدين، ولكن إن لم يقع شيئٌ من ذلك، فهل يبقى الإيجاب ساري المفعول إلى مدّة لانهاية لها؟ والظّاهر أنّ في ذلك ضرراً بيّنا للموجب. فلابدّ أن يقع القبولُ في حدود المدّة المعروفة فيما بين التجّار لقبول الإيجاب في مثل تلك المعاملة. فإن بقيَ الآخرُ ساكتاً بعد هذه المدّة، دون أن يقبل الإيجاب أويرفضه، فإنّه يبطُل الإيجابُ بسكونه إلى مدّة طويلة، ولا يَسع له بعد ذلك أن يبنيَ قبولَه على أساس ذلك الإيجاب. ويؤيّده ما ذكره القرافيّ رحمه الله تعالى، قال:

"وأمّا القسم الثاني الّذي هو جزء السّبب، فهذا لايجوز تأخيره، كالقبول بعد الإيجاب في البيع والهبة والإجارة، فلا يجوز تأخير هذا القسم إلى ما يدلّ على الإعراض منهما عن العقد، لئلاّ يؤديَ إلى التّشاجر والخصومات بإنشاء عقدٍ آخر مع شخصٍ آخر."[1]

وكذلك يؤيّده ما ذكره النّوويّ رحمه الله تعالى:

"قال أصحابنا: يُشترط لصحّة البيع ونحوه أن لايطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لايتخلّلهما أجنبيّ عن العقد. فإن طال أو تخلّل لم ينعقد، سواءٌ تفرّقا من المجلس أم لا.قال أصحابنا: ولايضرّ الفصل اليسير،

---

(١) الفروق للقرافي ٣: ١٧٢ و١٧٣ الفرق السادس والستون والمائة.

www.besturdubooks.wordpress.com

ويضر الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول."[1]

وإنّ هذه المدّة المتعارفة يمكن أن تختلف من مبيع إلى آخر. فمدّةُ القبول في المبيعات الّتي يتسارع إليها الفساد، كالفواكه الطّازجة والخضراوات والبقول، أقلُّ بالنّسبة إلى المبيعات الّتي لا تفسُد بسرعة، وتكون مدّةُ القبول في المبيعات الضّخمة، والكمّيات الكبيرة، أكثرَ من المبيعات العاديّة؛ والعُمدة في ذلك هو العُرف الّذي يلجأ إليه القضاء.[2]

٢١- متى يتمّ الإيجاب والقبول؟

إنّ عقد البيع يتمّ بتمام الإيجاب والقبول. وهذا أمرٌ لايختلف فيه اثنان. وتمامُ القَبول في العقود الشّفهيّة أمرٌ مثلُ هذا لايصعُب تصوّره، فمتى قبل الفريق الآخرُ إيجابَ الأوّل شِفاهاً، وهما في مجلس الإيجاب، تمّ القبول وتمّ العقد. ويجري ذلك في المكالمات الهاتفيّة أيضاً.

ولكنّ تحديدَ الوقت الّذي يتمّ فيه القبولُ في المراسلات البريديّة، وفي التّلكس والفاكس أمرٌ تتطرّق إليه احتمالاتٌ كثيرة، فهل يتمّ القبولُ بمجرّد قول المكتوب إليه "قبلت" ؟ أوبكتابة القبول على ورق؟ أو يشترط لتمامه أن يُرسلَ المكتوبُ إليه الجوابَ إلى الموجب؟ أويشترط أن يصل ذلك الجوابُ إلى الموجب، ويعلم

---

(١) المجموع شرح المهذّب ٩: ١٦٩

(٢) ثم رأيت أن القانون الوضعي الإنكليزي قدنحا مثل هذا المنحى في امتداد خيارالقبول في المكاتبة إلى "مدة معقولة" وسقوطه بعد ذلك، راجع Chitty On Contracts V.1, P.91, London 1977 وهذا يدل على كون ذلك من أعراف التجارة المعاصرة

www.besturdubooks.wordpress.com

بمافيه؟ ونظراً إلى هذه الاحتمالات المختلفة، ظهرت في القوانين المدنيّة الوضعيّة أربعُ نظريّات معروفة:

٢٢- نظريّة إعلان القبول: والمرادُ بهذه النّظريّة أنّ القبولَ يتمّ بمجرد إعلان المرسَل إليه أنّه قبِل الإيجابَ المكتوب. فلو أرسل زيدٌ إلى عمرو إيجاباً لبيع سيّارة مثلاً عن طريق البريد، ولما وصل الكتاب إلى عمرو، أعلن عمروٌ شفاهاً أنّه قبِل هذا الإيجاب، تمّ القبولُ وتمّ العقد في ذلك الوقت، ولولم يُرْسِل إلى زيدٍ كتاباً لإشعار القبول.

٢٣- نظريّة تصدير القبول: والمراد بها أنّ القبول لا يتمّ إلاّ إذا أرسل الطّرفُ القابلُ قبولَه إلى الموجِب بحيث لا يتمكّن بعد ذلك من استرداده. فلا يتمّ القبول والعقد حسب هذه النظريّة بمجرّد إعلان الطّرف القابل. وإنّما يتمّ إذا كتب رسالةَ القبول إلى الموجِب، ودفعها إلى مكتب البريد، بحيثُ لايُمكن له استردادُها، أو إذا أرسل رسولاً يحمِل قبولَه (شفاهاً أوكتابةً) إلى الموجب، وخرج الرّسولُ من عند الطّرف القابل بحيثُ لا يمكن له استرداده.

٢٤- نظريّة تسلّم القبول: والمراد منها أنّ القبولَ لا يتمّ بمجرد إرسال القبول إلى الموجب، ولابدفعه إلى البريد أو الرّسول، وإنّما يتمّ عندما يتسلّم الموجبُ هذا الجواب، ولكن يتمّ بمجرّد تسلّمه للجواب، سواءٌ أعَلِم بمحتواه أم لم يعلم.

٢٥- نظريّة العلم بالقبول: والمراد منها أنّ القبولَ لا يتمّ بمجرّد أن يتسلّم

www.besturdubooks.wordpress.com

الموجب رسالة القبول، وإنّما يتمّ إذا قرأ الموجب الرّسالة وعلم بمضمونها"[1]

وهناك نظريّة أخرى يمكن أن نعبّر عنها بأنّها نظريّة مزدوجة بين نظريّة التّصدير ونظريّة العلم، وهي الّتي أخذت بها القوانين الانكليزية. وحاصلها أنّ القبول يتمّ في حقّ القابل بالتّصدير، وفي حقّ الموجب بعلمه بالقبول[2]. فلو أرسل زيدٌ رسالة الإيجاب إلى عمرو، فسلّم عمروٌ رسالة القبول إلى مكتب البريد، فلا يمكن له أن يرجع عن قبوله بعد ذلك، وقد تمّ العقد في حقّه بتصدير الرّسالة. أمّا زيد، فلم يتمّ العقد في حقّه إلى أن يعلم ما في الرّسالة، فيجوز له أن يرجع عن إيجابه، مادامت رسالة القبول لم تصل إليه، ولم يعلم به.

أمّا فقهاء الشّريعة الإسلاميّة، فربّما يظهر من كلامهم أنّهم اختاروا نظريّة إعلان القبول. ويستنبط ذلك من نصوصهم الآتية:

قال الكاسانيّ رحمه الله:

"وأمّا الكتابة، فهي أن يكتب الرّجل إلى رجل: "أمّا بعد، فقد بعتُ عبدي فلاناً منك بكذا"، فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه: "اشتريتُ"، لأنّ خطاب الغائب كتابه، فكأنّه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخرُ في المجلس."[3]

(١) راجع لتفصيل هذه النظريات الأربعة: نظرية العقد، للدكتور عبدالرزاق السنهوري ص ٢٩٣ فقره ٢٩٦ إلى ٣٠٢.

(٢) راجع المادة ٤ من قانون المعاهدة الباكستاني، وهو مبني على القانون الإنكليزي.

(٣) بدائع الصنائع ٥:١٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وجاء في الفتاوى الهندية:

"والكتاب كالخطاب، حتىّ اعتُبر مجلسُ بلوغ الكتاب وأداء الرّسالة[1]."

وقال تاج الشريعة: "وصورة الكتابة أن يكتب إلى رجل... فلمّا بلغه الكتاب، وقرأه وفهم ما فيه، قبل في المجلس، صحّ البيع[2]."

ويظهر من هذه النصوص أنّ الفقهاء الحنفيّة اعتبروا العقد باتّاً إذا أعلن المكتوبُ إليه قبولَه في مجلس بلوغ الكتاب، ولم يشترطوا لذلك علمَ الموجب بالقبول.

ومثلُ ذلك يظهر من نصوص بعض الفقهاء الشّافعيّة والحنابلة. يقول الإمام النّووي رحمه الله تعالى:

"قال الغزاليّ في الفتاوى: إذا صحّحنا البيع بالمكاتبة، فكتب إليه، فقبل المكتوب إليه، ثبت خيارُ المجلس، ما دام في مجلس القبول. قال: ويتمادى خيارُ الكاتب إلى أن ينقطع خيارُ المكتوب إليه. حتىّ لو علم أنّه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صحّ رجوعُه، ولم ينعقد البيع[3]."

وقال البهوتيّ رحمه الله تعالى:

"(وإن كان) المشتري (غائباً عن المجلس فكاتبه) البائع (أو راسله: إنّي بعتك) داري بكذا (أو) إنّي (بعت فلانا) ونسبه بما يُميّزه (داري بكذا، فلمّا

---

(١) الفتاوي الهندية ٣:٩

(٢) المرجع السابق

(٣) المجموع، شرح المهذب: ٩: ١٦٧، ١٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

بلغه) أي: المشتري (الخبرُ) قبلَ البيعَ (صحَّ) العقدُ."[1]

هذه النّصوص صريحةٌ في أنّ العقد يتمّ بمجرّد قبول المكتوب إليه، ولايشترط له علم الموجب بالقبول، غير أنّ الشافعيّة والحنابلة يقولون بخيار المجلس كما سيأتي، وعلى أساس هذا الخيار، يحقّ لكل واحدٍ من الفريقين أن يفسَخ العقد قبل انتهاء مجلس القبول، وهذا أمرٌ لايؤثّر على كون القبول تامّاً بمجرّد الإعلان، وعلى أنّه لا يشترط له علمُ الموجب به.

أمّا المالكيّة، فقد ذكرنا من مذهبهم أنّ الإيجابَ مُلزِمٌ للموجب، بشروطه، وأنّ الموجب لايملك الرّجوعَ عن إيجابه إلى أن يقبله الطّرف الآخر أويردّه. وعلى هذا الأساس، يتمّ العقد عندهم بمجرّد قبول الطرف الآخر، سواء أعَلِم بذلك الموجِب أم لم يعلم. ولذلك يظهر من نصوصهم أنّهم أخذوا بنظريّة إعلان القبول[2].

وبالرّغم من هذه النّصوص الفقهيّة، زعم بعض المعاصرين أنّ فقهاء الشّريعة الإسلاميّة يعتمدون مبدأ العلم بالقبول، دون الإعلان فقط. واستند هؤلاء بما جاء في الفتاوى الهندية:

"ومنها (أي من شرائط صحّة البيع) سماعُ المتعاقدين كلامهما، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع. فإذا قال المشتري: "اشتريت"، ولم يسمع البائعُ كلامَ المشتري، لم ينعقد البيع.[3]"

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع ٣: ١٣٧

(٢) راجع الدسوقي ٣:٣ والخرشي ٥:٥

(٣) الفتاوى الهندية ٣:٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وكذلك مرّ عن شرح المجلّة أنّه يجب لصحّة الرجوع عن الإيجاب أن يسمع الآخر الرجوع.[1]

قال الدكتور عبدالرزاق السنهوري رحمه الله تعالى على أساس ذلك:

"إنّ منطق القاعدة التي تقول بوجوب سماع الموجب القبولَ في التعاقد بين الحاضرين تقتضي القولَ بوجوب علم الموجِب بالقبول في التعاقد بين غائبين. والسّماع في حالة حضور الموجب يقابله العلمُ حالة غيابه."[2]

والواقع أنّ وقت تمام القبول لم يصرّح به القرآن الكريم أو السنّة النّبويّة، على صاحبها السّلام، وإنّما المبدأُ الّذي ذكره القرآن الكريم هو التّراضي، حيث قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ [النّساء: ٢٩] وكلّ ما ذكره الفقهاء في الإيجاب والقبول ينطلق من هذا المبدأ. فوقتُ تمام العقد هو وقتُ حصول التّراضي بتوافق الإرادتين، قبل أن يتخلّلهما ما يُبطل الإرادةَ الأولى (وهي الإيجاب) أو يرفضها، وذلك إنّما يحصل عندما يتلفّظ الطّرف الآخر بالقبول إن كان الإيجابُ قائماً إلى ذلك الوقت. فالإيجاب إعلانُ إرادة الإنشاء من قبل الطّرف الأوّل، فإذا اقترن به إعلانُ إرادة الإنشاء من قبل الطّرف الآخر، توافق الإرادتان وحصل التّراضي، وبه يتمّ العقد.

هذا ما يقتضيه منطقُ التّراضي وتوافقِ الإرادتين. ومن هنا ذكر الفقهاء أنّ العقد يتمّ بقبول الطّرف الآخر في مجلس وصول الرّسالة. ولكنّ الّذي يظهر لي – والله أعلم –

(١) شرح المجلة للأتاسي، مادة ١٨٤ عن الخلاصة والتتارخانية

(٢) مصادر الحق، للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٢: ٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

أنّ هذا حكمُ الدّيانة. فمَن تلفّظ بالقبول، أو كتب به فى رسالة بنيّة إنشاء العقد، فإنّ العقدَ صار لازماً فى حقّه ديانةً منذ ذلك الوقت.

أمّا بالنسبة للموجب، فلا يُعتبر العقدُ تامًّا فى القضاء إلاّ بتسلّم الموجب رسالةَ القبول. وذلك لأنّ إثباتَ وقت القَبول الشّفهىّ أو كتابةِ الرّسالة عسيرٌ جدًّا، ولأنّ القابلَ يمكن أن يتأخر بعد القبول الشّفهىّ فى إشعار الموجب بقبوله، أو أن تضيع الرّسالةُ فى الطّريق بعد أن أرسلها القابل، وأنّ الموجب الّذى ليس على علمٍ بذلك قد يعتبر إيجابَه ساقطاً، وقد يتعاقد مع شخصٍ آخر ظنّاً منه بأنّ إيجابَه لم يقبله المرسل إليه. ولابدّ لإزالة هذه الصّعوبات من أن يُناط حكمُ اللّزوم فى حق الموجِب بعلم الموجب للقبول، ولأنّ الموجِبَ لايرضى بلزوم العقد فى حقّه بإعلان القبول الّذى لم يطّلع عليه، فيفوتُ التّراضى. وعليه يُحمل قول الفقهاء الّذين اشترطوا لصحّة العقد أن يسمع الموجبُ القبول. وبهذا يمكن التّطبيق بين نصوص الفقهاء الحنفيّة. فحيث ذكروا لزومَ العقد فى الكتابة بإعلان القبول، فالمراد منه اللّزومُ فى حقّ القابل، وحيثُ اشترطوا سماعَ الموجب كلامَ القابل فى العقد بين حاضرين، فالمراد منه أنّ العقد لايلزم فى حقّ الموجِب إلاّ بسماعه.

ثمّ إنّ عِلْمَ الموجِب شيئٌ مخفىّ، فيُستدلّ عليه فى القضاء بالأسباب الّتى تؤدّى فى العادة إلى علمه، ولذلك قال الفقهاء:

"فإن سمع أهلُ المجلس كلامَ المشترى، والبائع يقول: "لم أسمع، ولا وقر فى أذنى"، لم يصدّق قضاءً."[1]

---

(١) الفتاوى الهنديه ٣:٣ عن البحر الرائق

وهذا ظاهرٌ في أنّ سماع الموجب القبولَ أمرٌ يُستدلُّ عليه بسببه. وذلك أن يتكلّم الموجب بصوتٍ عاديّ يسمعه أهلُ المجلس. فكذلك في المكاتبة، يُستدلّ على علم الموجب بتسلّمه للرّسالة بحيث يمكّنه في العادة من قراءتها والاطلاع على ما فيها.

وحاصل هذه الدّراسة أنّ العقد يلزم في حقّ القابل بإعلان القبول، وفي حقّ الموجب بتسلّمه. هذا ما أدّى إليه نظري بعد مراجعة كلام الفقهاء، ولكنّ المسئلة اجتهاديّةٌ مبنيّة على تفسير "التّراضي" الّذي شترطه القرآن الكريم لصحّة العقد، والنّظريّات الأربعة الّتي ذكرناها كلّها محتملة، وإنّ الأخذ بأيٍّ منها حسب الأعراف السّائدة لا يؤدّي إلى مصادمة نصٍّ من نصوص القرآن والسنّة، والله سبحانه أعلم.

٢٦- خيار المجلس

ذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى أنّ العقد يلزم الطّرفين بمجرّد تمام الإيجاب والقبول، ولا يكون لأحدهما الخيارُ في فسخه إلاّ بخيار الشّرط، أو خيار الرّؤية، أو خيار العيب أو خيار النّقد وغيره. أمّا الشّافعيّة والحنابلة، فإنّ العقد عندهم لا يلزم الطّرفين ما داما في مجلس العقد. وإنّما يلزم بأحد الطّريقين. إمّا أن ينقطع مجلس العقد، وإمّا أن يقول أحدهما لصاحبه "اختر". ويقول الآخر "اخترتُ". وما لم يتحقّق أحد هذين الأمرين، فإنّ كلّ واحدٍ منهما له الخيارُ في فسخ العقد بدون رضا الآخر. وهذا الخيار يسمّى عندهم "خيار المجلس"[1]

ومستدلّهم في ذلك الحديثُ المعروف: "البيّعان بالخيار ما لم يفترقا" وهو مرويّ عن عدّة من الصّحابة رضي الله تعالى عنهم. وهذا لفظ حديث حكيم بن حزام

(١) راجع لتفاصيله المغني لابن قدامة ٦:٤

أخرجه البخاري[١] وحملوا الافتراق على الافتراق بالأبدان. وأمّا الحنفيّة والمالكيّة، فمنهم من حمله على افتراق الأقوال بالإيجاب والقبول، ومنهم من حمله على الافتراق بالأبدان، ولكن فسّر الخيار بخيار القبول، دون خيار المجلس، كما هو مرويّ عن الإمام أبي يوسف، والقاضي عيسى بن أبان رحمهما الله تعالى.

وقد طال كلامُ الفريقين في الاستدلال على ثبوت الخيار وعدمه، ولسنا الآن بصدد ترجيح أحد المذهبين على الآخر[٢]، ولكنّ الّذي يظهر أنّ خيارالمجلس يمكن تصوّره في البيع بين حاضرَين في مجلس واحد. أمّا في التجارة فيما بين البلدان والأقاليم، الّتي ربّما تقع بواسطة الأجهزة الكهربائيّة أو اللاّسلكيّة، فإنّ إثبات خيار المجلس فيها يؤدّي إلى مشاكل كثيرة، ويعرّض العقدَ للنزاعات الّتي عُهد من الشّريعة البُعدُ عنها. فالأحسنُ والأسلم اليوم أن تُعقد البيوع خاليةً عن خيار المجلس، وإنّ ذلك ممكن، حتّى في نطاق ظاهرالحديث الّذي يُستدلّ به على ثبوت خيار المجلس، وفي نطاق مذهب الشافعيّة والحنابلة أيضاً، لأنّه قد ورد في صحيح البخاريّ عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إذا تبايع الرّجلان فكلّ واحد منهما بالخيار ما لم يتفرّقا وكانا جميعاً، أو يُخيّر أحدُهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع[٣]."

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث ٢١٠٧

(٢) وقد بسطت الكلام على هذا الموضوع في تكملة فتح الملهم ٣٦٨:١، وراجع أيضا الذخيرة للقرافي ٢٠ـ ٢٣:٥

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا خيّر أحدهما صاحبه، حديث ٢١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وهو مفسّر للحديث الّذي ورد فيه: "المتبايعان كلّ واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا، إلاّ بيعَ الخيار"[1]. وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى في شرحه:

"وقد اختلف العلماء في المراد بقوله في حديث مالك: "إلاّ بيعَ الخيار"، فقال الجمهور، وبه جزم الشافعيّ: هواستثناءٌ من امتداد الخيار إلى التّفرق، والمراد أنّهما إن اختارا إمضاءَ البيع قبل التّفرق، لزم البيع حينئذٍ، وبطل اعتبار التفرّق، فالتقدير: إلاّ البيع الّذي جرى فيه التّخاير. قال النّوويّ رحمه الله تعالى: اتّفق أصحابنا على ترجيح هذا التّأويل. وأبطل كثيرٌ منهم ما سواه وغلّطوا قائله"[2]. "وقد ذهب الشافعيّة والحنابلة على أساس هذا الحديث إلى أنّ العاقدين لهما أن يعقدا البيعَ بشرط أن لا يكون لهما خيار المجلس، فيلزم العقدُ بمجرّد الإيجاب والقبول، ويسقط الخيار. قال ابن قدامة في المغني، وهو يشرح كلمة "إلاّ بيعَ الخيار" في الحديث المذكور:

"ويحتمل أنّه أراد البيعَ الّذي شرطا فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار، فيلزم بمجرّد العقد من غير تفرّق""[3]

وقال بعد أسطر:

"والتّخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد، فالتّخاير في ابتداءه أن يقول:

---

(١) صحيح البخاري، باب البيّعان بالخيار، حديث ٣٢٨

(٢) فتح الباري ٤: ٣٣٣

(٣) المغني ٤: ٩

www.besturdubooks.wordpress.com

بعتك ولا خيارَ بيننا، ويقبل الآخر على ذلك، فلا يكون لهما خيار."

وتبيّن بهذا أنّ العاقدين يملكان إسقاطَ خيار المجلس باشتراط نفي الخيار في صُلب العقد. وما يملك العاقدان اشتراطَه في العقد قد يتعيّن بالعُرف، لأنّ المعروفَ كالمشروط. وعلى هذا الأساس لو صدر هناك تقنينٌ من قِبل الحكومة لإسقاط خيار المجلس أو نفيه، فإنّه لا يقلّ من أن يأخذ حكم العرف، فينبغي أن يسقُط به خيارُ المجلس على قول الشافعيّة والحنابلة أيضاً، ولا سيّما على كون حكم الحاكم رافعاً للخلاف. والتّقنينُ على هذا الأساس أوفقُ بظروف التّجارة المعاصرة، والله سبحانه أعلم. ولذلك نرى أنّ معظم المعايير والمشروعات لقانون البيع التي أعدّت من قبل العلماء المعاصرين، لم يأخذوا بخيار المجلس، بل حكموا بانتقال الملكيّة إلى المشتري بمجرّد الإيجاب والقبول.[1]

٢٧ – البيع بالتّعاطي

بما أنّ الإيجاب والقبول صيغتان للتّعبير عن تراضي الفريقين، و قد يُعبّر عن التّراضي بالفعل، كما يُعبّر بالقول، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز البيع بالتّعاطي، وهو أن يُعطيَ البائعُ المبيعَ، ويدفعَ المشتري الثّمن، بدون أن يتلفّظا بالإيجاب أو القبول. وهذا البيعُ يسمّى "البيع بالتّعاطي"، أو "البيع بالمعاطاة"، أو "بيع المراوضة". فإذا لم يقع التّلفّظ بإنشاء البيع من الجانبين، لا من البائع ولا من المشتري، فهو "التّعاطي" في اصطلاح جميع الفقهاء. أمّا إذا تلفّظ أحدُهما بالإيجاب، وعبّر الآخرُ عن رضاه بفعل

---

(١) راجع مثلاً المذكّرات الإيضاحيّة للقانون الأردنيّ مادة ٤٨٥ ص ٥٠٠ والمعايير الشّرعيّة المتعلّقة بالمرابحة وتجارة السّلع، حيث لا يوجد فيها ذكر خيار المجلس.

www.besturdubooks.wordpress.com

الإعطاء و القبض، فقد سمّاه بعض الفقهاء "تعاطياً"[1] وقال آخرون: ليس ذلك من التّعاطي، وإنما هو إيجابٌ باللّفظ وقبولٌ بالفعل[2]. والبيعُ صحيحٌ عند الجمهور بكلا الطريقين.

ولكنّ المشهور من مذهب الإمام الشافعيّ رحمه الله تعالى أنّه يشترط الإيجاب والقبول باللّفظ، فلا يصحّ البيعُ عنده بالتّعاطي. قال جلال الدّين المحلّيّ رحمه الله تعالى:

"فلابيعَ بالمعاطاة، ويردّ كلّ ما أخذه بها أو بدلَه إن تلف."[3]

وقد أجازه بعض الشّافعيّة في الأشياء المحقّرة، كرطل خبز، وحزمة بقْل، ومنعوه في الأشياء النّفيسة[4]. وهو قول الكرخيّ من الحنفية[5].

والجمهور من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة متّفقون على جواز البيع بالتّعاطي في سائر الأشياء، النّفيسة منها والخسيسة[6]، وهو الّذي رجّحه النّوويّ من الشّافعيّة[7] وقال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "وذكر القدوريّ أنّ التّعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة، ولا يجوز في الأشياء النّفيسة. وروايةُ الجواز في الأصل مطلقٌ من هذا التّفصيل، وهي الصّحيحة، لأنّ البيع في اللّغة والشّرع اسمٌ للمبادلة، وهي مبادلةُ شيءٍ مرغوب

---

(١) المغني لابن قدامة ٤:٤

(٢) ردالمحتار ١٤: ٤٨ فقره ٢٢٢٤٩

(٣) شرح المحلّي على منهاج الطلبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٢:١٥٣

(٤) المرجع السابق

(٥) فتح القدير ٥:٤٥٩

(٦) الهداية مع فتح القدير ٥:٤٥٩ والد سوقي على الشرح الكبير ٣:٣ والمغني لابن قدامة ٤:٤

(٧) روضة الطالبين ٣: ٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

بشيئ مرغوب، وحقيقةُ المبادلة بالتّعاطى، وهو الأخذ والإعطاء، وإنّما قولُ البيع والشراء دليلٌ عليهما. والدّليل عليه قوله عزّ وجلّ: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ [النساء : ٢٩] والتّجارة عبارةٌ عن جعل الشيئ للغير ببدل، وهو تفسير التّعاطى. وقال سبحانه وتعالى: أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ [البقرة : ١٦] أطلق سبحانه وتعالى اسمَ التّجارة على تبادُلٍ ليس فيه قول البيع. وقال الله عزّ وجلّ: إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ [التّوبة : ١١١] سمّى سبحانه وتعالى مبادلةَ الجنّة بالقتال في سبيل الله تعالى اشتراءً وبيعاً، لقوله تعالى في آخر الآية: فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ [التّوبة : ١١١] وإن لم يوجد لفظ البيع. وإذا ثبت أنّ حقيقة المبادلة بالتّعاطى، وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنّفيسة جميعاً، فكان التّعاطى في كلّ ذلك بيعاً، فكان جائزاً.[1]"

وقال ابن الهمام رحمه الله: "وعامّتهم على أنّه ينعقد في جميع الأشياء، الخسيسةُ والنفيسةُ في ذلك سواء، لأنّه وُجد التراضي، وهو المعتبر في الباب، إلاّ أنّه لما كان باطناً، أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلالتهما على التّراضى، والتّعاطى أدلُّ على الرّضا منهما[2]"

وقال ابنُ قدامة رحمه الله: "ولنا أنّ الله أحلّ البيع ولم يبيّن كيفيته، فوجب الرّجوع فيه على العُرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتّصرف، والمسلمون في

(١) بدائع الصنائع ٥:١٣٤

(٢) فتح القدير ٥:٤٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأنّ البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عنهم، وإنّما علّق الشّرع عليه أحكاماً وأبقاه على ماكان، فلا يجوز تغييره بالرّأي والتّحكّم، ولم يُنقل عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم ولا عن أصحابه، مع كثرة وقوع البيع بينهم، استعمالُ الإيجاب والقبول. ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم، لنُقل نقلاً شائعاً. ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقلُه، ولم يُتصوّر منهم إهمالُه والغفلةُ عن نقله. ولأنّ البيع ممّا تعمّ به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبيّنه صلى الله عليه وسلّم بياناً عامّا، ولم يَخْفَ حكمه، لأنّه يُفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً، وأكلِهم المالَ بالباطل، ولم يُنقل ذلك عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحدٍ من أصحابه فيما علمناه. ولأنّ النّاس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كلّ عصر، ولم يُنقل إنكارُه قبل مخالفينا، فكان ذلك إجماعاً."[1]

٢٨- الإعطاء من جانب واحد

اشترط بعض الفقهاء لصحّة التّعاطي أن يقع الأخذ والعطاء من الجانبين، ولا يكفي الإعطاء من جانبٍ واحد فقط، وهو قول الطّرسوسيّ والحلوانيّ من الحنفيّة. ولكن أفتى المحقّقون من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة أنّ ذلك ليس بشرط، بل يمكن أن ينعقد البيع بالإعطاء من جانب واحد. قال الدّردير رحمه الله تعالى: "وإن كان الدّالّ على الرّضا إعطاءً، ولو من أحد الجانبين."[2] وقال البهوتيّ رحمه الله تعالى: " ومنها، أي المعاطاة لو سلّمه سلعةً بثمن، فيقول البائع: "خُذْها". فأخذه المشتري وهو

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٤ و٥

(٢) الشرح الكبير للدّردير مع حاشية الدّسوقيّ ٣:٣

www.besturdubooks.wordpress.com

ساكت، أو يقول البائع: "هي لك"، أو يقول: "أعطيتكها"، فيأخذها."[1]

وقال ابن عابدين: "صورته (يعني التّعاطي من جانب واحد) أن يتّفقا على الثّمن، ثم يأخذ المشتري المتاع، ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثّمن، أو يدفع المشتري الثّمنَ للبائع، ثم يذهب من غير تسليم المبيع، فإنّ البيع لازمٌ على الصّحيح، حتّى لو امتنع أحدهما بعده، أجبره القاضي."[2]

وقال ابن نُجيم: "وفي القاموس: التّعاطي: التّناول، وهكذا في الصّحاح والمصباح، وهو إنّما يقتضي الإعطاء من جانب، والأخذ من جانب، لا الإعطاء من الجانبين، كما فهم الطّرسوسي" وقال قبل ذلك: "وصحّح في فتح القدير أنّ إعطاء أحدهما كاف. ونصّ محمّد على أنّ بيعَ التّعاطي يثبت بقبض أحد البدلين، وهذا ينتظم المبيع والثّمن." ثم نقل عن القنية:

" دفع إلى بائعِ حنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة، وقال له: بكم تبيعها؟ فقال " مائةً بدينار." فسكت المشتري، ثمّ طلب منه الحنطةَ ليأخذها، فقال البائع: غداً أدفع إليك. ولم يجرِ بينهما بيع[3]، وذهب المشتري فجاء غداً ليأخذ الحنطةَ وقد تغيّر السعر، فليس للبائع أن يمنعها منه، بل عليه أن

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٣: ١٣٨

(٢) رد المحتار ٤: ٩٠١٤ فقره ٢٢٢٥٢

(٣) أي لم يجر بينهما صيغة الإيجاب والقبول، وإلاّ فالمسئلة مفروضة على أن البيع قد نعقد بأخذ البائع الثمن.

www.besturdubooks.wordpress.com

يدفعها بالسّعر الأول[1]"

وظاهرٌ أنّ الإعطاء من جانبٍ واحد إنّما يقع بيعاً إذا دلّ السّياق والقرائن أنّ الفريقين أرادا بذلك إنشاءَ العقد. أمّا إذا وقع الأخذ والإعطاء ليبقى الشّيءُ عند المشتري على سوْم الشّراء، فلا ينعقد البيع بذلك.

٢٩-التّعاطي بعد عقد فاسد

ثمّ إنّ التّعاطيَ ينعقد به البيع إذا لم يستند ذلك إلى عقد فاسد. فلو عقدا البيع فاسداً، ثمّ تعاطيا على ذلك الأساس، لا ينعقد به البيعُ صحيحاً، وإنما يجب أن تقع بينهما متاركةُ العقد الفاسد، ثمّ يُمكن عقدُه من جديد، إمّا بتلفّظ الإيجاب والقبول، وإمّا بالتّعاطي. قال ابن نجيم:

"وقدّمنا في الإيجاب والقبول أنّهما بعد عقدٍ فاسدٍ لا ينعقد بهما البيعُ قبل متاركة الفاسد، ففي بيع التّعاطي بالأولى، وهو صريحُ الخلاصة والبزّازية أنّ التّعاطيَ بعد عقد فاسدٍ أو باطلٍ لاينعقد به البيع، لأنّه بناءٌ على السّابق.[2] "

وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى أنّ في المسئلة روايتين للحنفيّة، فينعقد العقدُ على

---

(١) البحر الرائق ٢٨١: ٥ ويُمكن أن تُخرّج هذه المسئلة بطريقين: الأوّل: أنّ البيع انعقد بالعطاء من جانب واحد وهو دفع خمسة دراهم، ورضا المشتري بالثمن الّذي ذكره البائع، فانعقد البيع حالاً، ولكن استمهل البائع من المشتري أن يأخذ المبيع غداً، فوجب عليه أن يدفع الحنطة غداً بالثمن الّذي انعقد عليه البيع. والطّريق الثّاني: أنّ البيع لم ينعقد في اليوم الأوّل، وإنّما وعده البائع أنّه سيبيع الحنطة غداً بالسّعر المذكور، ووجب عليه ديانةً أن يفي بوعده، وعلى هذا، فوجوب دفع الحنطة بذلك السّعر حكم الدّيانة، وليس حكم القضاء، والله سبحانه أعلم.

(٢) البحر الرائق ٥:٢٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

إحداهما بدون المتاركة، ولا ينعقد على الأخرى إلاّ بالمتاركة[1]. والّذي يظهر لهذا العبد الضعيف – عفا الله عنه – أنّه يمكن التّطبيق بين الرّوايتين بأنّه متى وقع التّعاطي مستنداً إلى العقد الفاسد، لم ينعقد به البيع. أمّا إذا دلّت القرائن على أنّ التّعاطي لم يقع على أساس العقد الفاسد، وإنّما وقع لإنشاء عقد جديد، فإنّه يصحّ به البيع. فكأنّ متاركة العقد الفاسد وقعت اقتضاء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٠– بيع الاستجرار

وممّا يلحق بالتّعاطي بيعُ الاستجرار، وهو في اصطلاح الفقهاء المتأخّرين: أن يأخذ الرّجلُ من البيّاع الحاجاتِ المتعدّدةَ شيئاً فشيئاً، دون أن يجريَ بينهما مساومةٌ، أو إيجابٌ وقبولٌ في كلّ مرّة. والمعروف في مثل هذا البيع أنّ المشتريَ يُحاسبه بعد فترة، كالشّهر مثلاً، وهذا البيعُ ممّا تعارفه النّاس في حاجاتهم اليوميّة، وهو غيرُ جائزٍ عند أكثر الشّافعيّة القائلين بعدم مشروعيّة التّعاطي. وقدّمنا أنّ النّوويّ رحمه الله تعالى ممّن رجّح جواز التّعاطي، ولكنّه شدّد في بيع الاستجرار لأسباب أخرى، فقال:

" ولا تغترّ بكثرة مَن يفعله، فإنّ كثيراً من النّاس يأخذ الحوائج من البيّاع مرّةً بعد مرّةٍ من غيرمبايعة ولا معاطاة، ثم بعد مدّة يُحاسبه ويُعطيه العوض، وهذا باطل بلاخلاف[2]"

ولكنّ جماعةً من الشّافعيّة ذهبوا إلى جواز هذا البيع، ومنهم الإمام الغزاليّ

— — — — — —

(١) ردالمحتار ١٤: ٥١ فقره ٢٢٢٥٥

(٢) المجموع شرح المذهب للنووي ٩: ١٧٣

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمه الله تعالى[1].

وقد أجازه الإمام مالك رحمه الله بشرط أن يكون السّعر معلوماً. فإن لم يكن السّعر معلوماً عند الأخذ، فلا يجوز عنده، كما صرّح به في الموطأ[2].

وأمّا الحنابلة: فالظّاهر عندهم جواز الاستجرار على أساس سعرالسّوق[3]، وأمّا الحنفيّة، فقد أجاز المتأخّرن منهم هذا البيع استحساناً[4]. واختلفت تعبيراتهم في تكييف وجه الاستحسان، وقد بسطتُ الكلام عليه في بحثي الخاصّ بموضوع "البيع بالتّعاطي والاستجرار"[5] وخلاصةُ ما توصّلتُ إليه أنّ الاستجرار على نوعين:

الأول: الاستجرار بثمنٍ مؤخّر، وهو أن لايدفعَ المشتري الثّمن إلى البائع إلاّ عند تصفية الحساب في آخر الشّهر مثلاً.

والثّاني: الاستجرار بمبلغٍ مقدّم، وهو أن يدفعَ المشتري إلى البائع مبلغاً مقدّماً، ثمّ يستجرّ منه الأشياء، وتقع المحاسبةُ بعد أخذ مجموعةٍ من الأشياء في نهاية الشّهر مثلاً.

أمّا الاستجرار بثمن مؤخّر، فحكمه ما يأتي:

إن كان البائع يبيّن ثمنَ البضاعة المأخوذة كلّما يأخذ منه المشتري شيئاً، فالبيع صحيحٌ عند كل أخذ. وهذا بإجماع من يقول بجواز التعاطي. وقدّمنا أنّ البيع بالتّعاطي لايُشترط له الإعطاء من الجانبين، بل يجوز بالإعطاء من جانب

---

(١) نهاية المحتاج، للرملي ٣:٣٦٤

(٢) الموطأ، للإمام مالك، جامع بيع الطعام، وراجع المنتقى للباجي ٥:١٥

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي (المصريّة) ٥:٣٠٥ عزوا إلى النكت والفوائد السنية لابن مفلح

(٤) الدر المختار مع رد المحتار ٤: ٥٥ إلى ٥٧ فقره ٢٢٢٦١ والبحر الرائق ٥:٢٥٩ شرح تعريف البيع

(٥) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، للمؤلف: ١: ٤٩ و ما بعده

www.besturdubooks.wordpress.com

واحد أيضاً.

١. إن كان البائعُ لايبيّن ثمنَ البضاعة عند كل أخذ، ولكن تفاهم المتبايعان على أنّ المشتريَ يأخذه على سعرالسوق. وسعرُ السّوق منضبطٌ بمعيار معلوم لايقع الاختلاف في تحديده، فالصّحيح أنّ البيع ينعقد صحيحاً عند كل أخذ.

٢. إن كان الثّمنُ مجهولاً وقت الأخذ، أو اتّفق الفريقان على أنّه يقع على أساس سعر السّوق، ولكنّ سعرالسوق متفاوتٌ تفاوتاً فاحشاً، بحيثُ يقع الاختلاف في تحديده، فإنّ البيع لا ينعقد عند الأخذ، وإنّما يقع عند تصفية الحساب، ولكنّه يستند حينئذٍ إلى وقت الأخذ، فيثبت الملك للآخذ من وقت الأخذ، وتحِلّ تصرفاته من ذلك الحين.[1]

أمّا الاستجرار بمبلغ مقدّم، فالكلام في تعيين الثّمن فيه مثلُ الكلام في النّوع الأول.ثمّ هذا المبلغُ المدفوع مقدّماً يُمكن أن يكون وديعةً بيد البائع، فيجب عليه أن لا يخلطه بماله، ولا أن يُنفقه في مصاريفه، إلاّ بقدر ما وجب له من الثّمن عند كلّ تسليم. فإن خَلَطه بماله[2]، فهو قرضٌ مضمونٌ عليه شرعاً، وتقع مقاصتُه بالثّمن الواجب في ذمّة

(١) اختلفت تكييفات الفقهاء للاستجرار في هذه الحالة. فمنهم من جوّزه على أساس ضمان المتلفات، لاعلى أساس انعقاد البيع. ومنهم من جعله بيعاً منعقداً عند تصفية الحساب. ورجّحت هذا التكييف الثاني وبيّنت أدلّته في بحثي الخاص بموضوع الاستجرار. راجع "بحوث في قضايا فقهيّة معاصرة" ١: ٦٣ و٦٤ طبع مكتبة دار العلوم كراتشي.

(٢) يعني بدون إذن من المالك، وحينئذ لا يطيب له ربحه عند أبي حنيفة ومحمد ويطيب عند أبي يوسف بعد المقاصة الآتي ذكرها (الهداية مع فتح القدير والعناية ٦: ٣١٩ إلى ٣٢١) أمّا إذا خلطه

www.besturdubooks.wordpress.com

المشتري عند كل أخذ.

ويتفرع عليه حكم الاشتراك في الصحف والمجلات الدورية، فإن العادة في عصرنا أن الناس يدفعون بدل الاشتراك السنوي في بداية كل سنة إلى ناشر المجلة، وإنهم يبعثون إليهم نشرة من المجلة في كل شهر، أو في كل اسبوع. وهذا استجرار بثمن مقدم، ويقع بيع كل عدد من المجلة عندما تصل المجلة إلى المشتري. فلو انقطعت المجلة في أثناء السنة، لزم على ناشرها أن يرد ما بقي من بدل الاشتراك.

وجرت العادة بأن الثمن المدفوع مقدماً قد يكون أقل من قيمته السوقية. وفي هذه الحالة، لو أمكن جعله سلماً بشروطه صار سلماً، وإن لم يتوافر فيه شروط السلم، فربما يرد عليه أن ثمن المبيع إنما انتقص من أجل تعجيله، كما في اشتراك المجلات الدورية، حيث يكون مبلغ الاشتراك السنوي أقل عادة من قيمتها السوقية لكل عدد. ويمكن تخريج النقص في الثمن على أساس أن ثمن الجملة يكون أقل عرفاً من ثمن القطاعي. فكذلك في الاستجرار، إنما يقدم المشتري المبلغ لأنه يريد شراء مجموعة من الأشياء، فصار كأنه اشترى جملة، فانتقص الثمن من أجل ذلك، لا لأنه قدم قرضاً، على أن هذا المبلغ دفعة تحت الحساب، وإنه ،ولو كان قرضاً في الاصطلاح الفقهي، فإن المقصود في الاستجرار ليس إقراضاً، وإنما مقصود المشتري تفريغ ذمته، لئلا يحتاج إلى نقد الثمن كل مرة.

بإذن صريح من المشتري، صار المشتري شريكاً له شركة ملك، كما في رد المحتار، كتاب الإيداع ٥: ٦٦٩. ثم تقع المقاصة عند تصفية الحساب.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣١- البيع عن طريق الأجهزة التّلقائية

وقد شاع في عصرنا البيعُ والشّراء عن طريق الأجهزة التّلقائية الّتي تسمّى الأجهزة الأوتوماتيكيّة. وإنّ هذه الأجهزة تُنصب من قِبل البائع في أماكن عامّة، ويوضع فيها المبيعاتُ مقفولة. وتُنصب قائمةُ الأسعار على الجهاز. فمن أراد أن يشتريَ شيئاً من هذه المبيعات ألقى نقوداً في مكان مخصوص، فيُخرج الجهازُ الشّيئَ المطلوب بصفة تلقائيّة، ويأخذه المشتري، دون أن يكون هناك شخصٌ حاضرٌ يتولّى أخذ الثّمن أو تسليم المبيع.

وقد اختلفت أقوال الفقهاء المعاصرين[1] في تكييف هذا العقد بعد اتّفاقهم على جوازه. فذهب بعضُ المعاصرين إلى أنّ العقدَ ينعقد فيها بطريقة إقامة الجهاز مقامَ الطّرف الموجِب، دون أن يحضُر بنفسه، أو أن يظهر نائبه عند التّعاقد. فنَصْبُ الجهاز وإعلانُ الأسعار إيجابٌ موجّهٌ إلى الجمهور على رأي المالكيّة، والجهاز قائمٌ مقامَ البائع.

ولسنا نأخذ بهذا الرّأي، والتّكييفُ الصحيح لهذا العقد عندنا أنّه صورةٌ من صُوَر التّعاطي. والجهازُ إنّما يقوم مقامَ البائع في أخذ الثّمن وتسليم المبيع. فإلقاءُ النّقود في الجهاز إعطاءٌ من جانب، وإخراجُ الجهاز المبيعَ إعطاءٌ من جانب آخر، فينعقد البيعُ بالتّعاطي. أمّا تعليقُ الأسعار على الجهاز، فليس إيجاباً، وإنّما هو دعوةٌ إلى الإيجاب،

---

(١) راجع مجلة مجمع الفقه الإسلامي: العدد السادس، الجزء الثاني، ص ٩٨١ بحث الدكتور إبراهيم كافي دونمز

www.besturdubooks.wordpress.com

كما بسطنا ذلك في مبحث ركن البيع. ولو اعتبرنا نصب الجهاز ووضع قائمة الأسعار إيجاباً، لكان إلقاء الفلوس قبولاً، وبه يتم البيع، مع أن الجهاز ربما لايكون شغالاً، أو ربما تكون المبيعات قد نفدت، واعتبار البيع تاماً في هذه الحالة يسبب مشاكل كثيرة. ولذلك نرى الفقهاء جعلوا الحالات المماثلة من قبيل التعاطي، دون الإيجاب الحكمي والقبول. قال البهوتي رحمه الله، وهو يبين صور التعاطي:

"أو وضع مشترٍ ثمنه المعلوم لمثله عادةً، وأخذه، أي الموضوع ثمنه عقبه، أي عقب وضع ثمنه من غير لفظٍ لواحدٍ منهما. ظاهره: ولو لم يكن المالك حاضراً للعرف"[1]

٣٢- حكم الوعد أو المواعدة في البيع

سبق منا أن البيع إنما ينعقد بصيغة تدل على إنشاء العقد في الحال. ولذلك لا ينعقد البيع بصيغة تتمحض للاستقبال، مثل قولنا "سوف أبيعك كذا" أو "سوف أشتري منك كذا" وإنما تنبئ هذه الصيغة عن الوعد بإنجاز البيع في المستقبل، وليس بيعاً.

فمن وعد آخر بإنشاء بيع في المستقبل: هل يجب عليه الوفاء بهذا الوعد؟ إن هذا السؤال يأخذنا إلى دراسة مسئلة الوعد والمواعدة، ومدى لزومهما على الطرفين، وقد اختلف الفقهاء في حكم الوفاء بالوعد على أقوال:

المشهور مما نقل عن جمهور الفقهاء أن الوفاء بالوعد مستحب مندوب. وهو من

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢: ١٤١ قبيل شروط البيع

www.besturdubooks.wordpress.com

مكارم الأخلاق، ولكنّه ليس بواجب ديانةً ولاقضاءً. والواعدُ إذا ترك الوفاء، فقد فاتَه الفضل وارتكب المكروه كراهةً تنزيهيّةً شديدة، ولكنّه لا يأثم. وهذا القولُ منسوب إلى أبي حنيفة والشّافعي وأحمد وبعض المالكيّة[١].

المذهب الثاني: أنّ الوفاء بالوعد واجبٌ مطلقاً. وهو واجبٌ في الدّيانة والقضاء جميعاً، فيقضي به القاضي على الواعد إلاّ من عذرٍ يمنع الوفاء. وهو قول سمُرة بن جندب رضي الله عنه، وعمر بن عبد العزيز، والحسن البصريّ، والقاضي سعيد بن الأشوع، وإسحق بن راهويه، والإمام البخاريّ[٢]، وهو مذهب بعض المالكيّة، ورجّحه القاضي أبو بكر ابن العربيّ وابن الشّاط[٣]. وهو الّذي اختاره الغزاليّ من الشافعيّة إذا كان الوعد يُفهم منه الجزم[٤]. وهو مذهب ابن شبرمة كما نقله ابن حزم[٥].

المذهب الثالث: مذهب جمهور المالكيّة، وهو التّفصيل في وجوب الوفاء بالوعد. وافترق علماؤهم في بيان هذا التفصيل إلى فريقين:

الفريق الأول: ذهب إلى أنّ الوعد إذا تمّ على سبب، ودخل الموعودُ له بسبب الوعد في شيئ، فإنّ الوعد لازمٌ يجب الوفاء به، ويقضي به القاضي على الواعد. وبعبارة أوضح: فإنّ الوعدَ لو تمّ وكان له سبب، ثم باشرَ الموعود له ذلك السّببَ اعتماداً على

(١) انظر عمدة القاري ١٢: ١٢١ ومرقاة المفاتيح ٩: ١١٤ والأذكار للنووي ص ٣١٧ وفتح العلي المالك ١: ٢٥٤ ولي في نسبة هذا القول إلى جميع الحنفية نظر سأبينه إن شاء الله تعالى.

(٢) هذه المذاهب نقلها الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب الإنجاز بالوعد

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي المجلد ٩، ١٨: ٧٢ وحاشية ابن الشاط على الفروق للقرافي ٤: ٢٤

(٤) إحياء علوم الدين للغزالي ٣: ١٣٣

(٥) المحلى ٨: ٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وعد الواعد، فإنّ على الواعد وجوبَ الوفاء، ويُقضى به عليه. مثال ذلك: أن يقول الرّجل لرجل: "إهدم دارك وأنا أقرضك"، فهدم الموعودُ له دارَه اعتماداً على وعده، فيلزم الواعدَ قضاءً أن يُقرضه المبلغ الموعود. وكذلك لو قال له: "أخرجْ إلى الحجّ، وأنا أقرضك"، فخرج للحجّ، وجب على الواعد الوفاء، وكذلك لو قال له: "تزوّجْ امرأةً وأنا أسلفك"، فتزوّجها اعتماداً على الوعد، وجب الوفاءُ بالوعد قضاءً وديانةً.

وهذا القول مشهور مذهب مالك، وابن القاسم، وسحنون، وهو الّذي اعتمد عليه في المدوّنة.[1]

والفريق الثّاني: ذهب إلى أنّ الوعد يكون لازماً يجبُ الوفاء به ويُقضى به عليه، إذا تمّ الوعد على سبب، وإن لم يدخل الموعودُ له في مباشرة شيئ. مثال ذلك: قولك: "أريد أن أتزوّج"، أو "أريد أن أشتريَ كذا"، أو "أن أقضيَ غرماني، فأسلِفني كذا"، أو "أريد أن أسافر غداً إلى مكان كذا، فأعِرْني دابّتك"، أو "أن أحرُث أرضي فأعِرْني بقرتك"، فقال: "نعم". ثم بدا للواعد الرّجوع قبل أن يتزوّج أو أن يشتريَ أو أن يُسافر، فإنّ ذلك يلزمه ويُقضى به عليه. وهذه الصّورة تمثّل طلباً واستجابةً، ويشاركها في الحكم أن يكون الالتزام من جانب واحد فقط بدون طلب الآخر، فلو لم تسأله، بل هو قال لك بنفسه: "أُسلفك كذا، أو أهب لك كذا لتقضيَ دينك، أو لتتزوّج" أو نحو ذلك، فإنّه يلزمك ويجب عليك أن تفيَ بوعدك، ويُقضى به عليك. وهذا مذهب أصبغ من المالكيّة.[2]

---

(١) الفروق للقرافي ٤: ٢٥ وفتح العلي المالك ١: ٢٥٤

(٢) نفس المرجعين

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد رأى بعض العلماء المعاصرين أنّ ماذكره المالكيّة من لزوم الوعد إنّما يجرى في التبرّعات، دون المعاوضات. لأنّهم إنّما يتحدثون عن الوعد الصّادر من جانب واحدٍ على سبيل التّبرّع. فأمّا الوعد لإنشاء عقد معاوضة في المستقبل، فلا يوجد له ذكرٌ في هذه الكتب. وإنّ الحطّاب رحمه الله قد ألّف في الموضوع كتاباً مفرداً باسم "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" وقد بسط فيه صُور الوعد والالتزام، وتحدّث عن أحكامها في تفصيلٍ جيّد، ولا يوجد فيه فرعٌ يتعلّق بمواعدة فريقين على إنشاء عقد معاوضة في المستقبل.

لكن توجد عندهم مسئلةٌ يقع فيها وعدٌ من أحد الجانبين لإنشاء معاوضة في المستقبل. وهي مسئلةُ "بيع الوفاء" الذى يسمّيه المالكيّة بيعَ الثُّنيا. وهو أن يبيعَ البائعُ شيئاً بشرط أنّ البائع إن جاء بالثّمن إلى المشترى، وجب عليه أن يردّ إليه ذلك الشّيئ. وقد أجمع فقهاء المالكيّة على أنّ هذا البيع غيرُ جائز إذا كان شرطُ الوفاء مصرّحاً في صُلب عقد البيع الأوّل. أمّا إذا وقع البيع الأوّل مطلقاً عن شرط الوفاء، ثمّ تطوّع المشترى، فوعَد البائعَ أنّه سيردّ إليه المبيعَ حينما يأتى إليه بالثّمن، فهو جائزٌ عندهم، والوعد لازمٌ على المشترى. قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

"قال في معين الحكام: ويجوز للمشترى أن يتطوّع للبائع بعد العقد بأنّه إن جاء بالثّمن إلى أجل كذا فالمبيع له. ويلزم المشتريَ متى جاءه بالثّمن فى خلال الأجل، أوعند انقضاءه، أوبعده على القُرب منه. ولا يكونُ للمشتري تفويتٌ في خلال الأجل، فإن فَعل ببيعٍ أوهبةٍ أو شبه

www.besturdubooks.wordpress.com

ذلك، نُقِض إن أراده البائع ورَدّ إليه[1]"

فالمشتري ههنا قد وعد بردّه إلى بائعه إن جاءه بالثّمن. ولاشكّ أنّ هذا الردّ، سواءٌ سمّيناه بيعاً جديداً أم جعلناه إقالةً للبيع السابق، وعدٌ بعقد معاوضة في المستقبل، وقد جعله الفقهاء المالكيّة وعداً لازماً على المشتري، حتّى لم يجوّزوا له أن يبيعَ ذلك الشّيئ إلى فريق ثالث. ولئن باعه إلى ثالث قبل انقضاء أجل الوعد، فإنّ للبائع الأوّل أن يفسُخ هذا البيع، ويجبّر المشتري على الوفاء بالوعد. فكأنّهم جعلوا هذا الوعدَ بالبيع أقوى من البيع البات اللاّحق، حيث يُنقض من أجل الوعد السّابق. غير أنّ هذا الوعد يكون من جانب واحد، وقد صرّحوا بأنّه لايجوز المواعدةُ من الطّرفين. يقول الحطّاب بعد بيان هذه المسئلة:

"وأصل المسألة في نوازل أصبغ من جامع البيوع، ونقلها ابنُ عرفة باختصار فقال: الطّوعُ بها، أي بالثّنيا بعد تمام العقد وقبض عوضيه، دون توطئةٍ ولامواعدةٍ ولامراوضةٍ موقّتة ومطلقة حلالٌ في كل شيئٍ سوى الفروج[2]"

وهذا يدلّ على أنّ الوعد إنما يلزمُ إذا كان من جانبٍ واحد، وهو المشتري، ولكنّ هذا الوعد يلزمه إلى أمد بعيد، حتى قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

"إن لم يَضرِبا لذلك أجلاً، فللبائع أخذُه متى جاء ه بالثّمن في قرب الزمان

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطّاب ص ٢٣٩ طبع دار الغرب الاسلامي، بيروت ١٤٠٤هـ
(٢) تحرير الكلام ص ٢٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أو بُعده ما لم يفوّته المبتاع، فإن فوّته فلا سبيل إليه، فإن قام عليه حين أراد التفويت، فله منعُه بالسّلطان إذا كان مالُه حاضراً، فإن باعه بعد منع السّلطان له ردّ البيع [١]"

وهذا يدلّ على أنّ الوعد الذى يلزم الواعدَ عند المالكيّة ليس مختصاً بالتّبرعات فقط، وإنّما هو يجرى فى بعض المعاوضات أيضاً.

وكذلك يوجد عندالحنفيّة نصوصٌ تدلّ على لزوم الوعد، وكونِ الوفاء به واجباً على الواعد. فقال الإمام أبوبكر الجصّاص رحمه الله فى تفسير قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ [الصف: ٢]

"يُحتجّ به فى أنّ كلّ من ألزم نفسه عبادةً أوقُربةً، وأوجب على نفسه عقداً، لزمه الوفاءُ به، إذ تركُ الوفاء به يُوجب أن يكون قائلاً ما لا يفعل، وقد ذمّ الله فاعلَ ذلك. وهذا فيما لم يكن معصيةً. فأمّا المعصيةُ، فإنّ إيجابها في القول لايلزمه الوفاءُ بها، وقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: لانذرَ فى معصية، وكفّارتُه كفارة يمين. وإنّما يلزم ذلك فيما عقده على نفسه ممّا يتقرّب به إلى الله عزّ وجلّ، ومثل النّذور، وفى حقوق الآدميّين، العقود الّتى يتعاقدونها [٢]"

وظاهرُ ماتحته خطّ من هذه العبارة يدلّ على أنّ الوعود يجب إيفاءُ ها إذا كانت متعلّقةً بالعقود الّتى يتعاقد بها النّاس. أمّا الوعودُ الّتى تتعلق بمباحاتٍ يفعلها الإنسان فى

---

(١) نفس المرجع السابق

(٢) أحكام القرآن، للجصّاص ٣: ٤٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

المستقبل، وليس فيها إلزامٌ على نفسه، فإنّ الوفاءَ بها مستحبٌ وليس واجباً. وإليه أشار الجصّاص رحمه الله تعالى بقوله:

"وكذلك الوعدُ بفعلٍ يفعله في المستقبل وهو مباحٌ، فإنّ الأولى الوفاء به مع الإمكان."

وهو الموقفُ الذي يبدو مختاراً عند والدي العلاّمة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى في تفسير قوله تعالى: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا [الإسراء: ٣٤][1].

أمّا أكثر الفقهاء الحنفيّة، فلم يذهبوا إلى لزوم الوعد في القضاء في عامّة الأحوال، لكنّهم صرّحوا بأنّه قد تُجعل المواعيدُ لازمةً لحاجة النّاس. ولذلك جعلوا الوعدَ لازماً في بيع الوفاء. قال ابن عابدين رحمه الله في مبحث الشّرط الفاسد:

"قلت: وفي جامع الفصولين أيضاً: لوذكرا البيعَ بلاشرط، ثم ذكرا الشّرط على وجه العِدة، جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعيد قد تكون لازمةً، فيُجعل لازماً لحاجة النّاس[2]".

ثم حكى عن الفتاوى الخيريّة للرّملي:

"فقد صرّح علماؤنا بأنّهما لو ذكرا البيع بلاشرط، ثم ذكرا الشّرط على وجه العِدة، جاز البيعُ ولزم الوفاءُ بالوعد."

ثم قال في آخر هذا المبحث:

---

(١) راجع تفسير معارف القرآن، للمفتي محمد شفيع رحمه الله (باللغة الأردية) ٥:٤٦٨

(٢) ردالمحتار ١٤: ٦٥٦ فقره ٢٣٥٥١

www.besturdubooks.wordpress.com

"وقد سُئِل الخير الرّمليّ عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده، وعقدا البيع خالياً عن الشّرط، فأجاب بأنّه صرّح في الخلاصة، والفيض، والتّتارخانية وغيرها بأنّه يكون على ما تواضعا".

وكذلك ذكر العلامة خالد الأتاسي في مبحث بيع الوفاء عن الفتاوى الخانيّة:

"وإن ذكرا البيع من غير الشّرط، ثم ذكرا الشرطَ على وجه المواعدة، فالبيع جائز، ويلزم الوفاءُ بالوعد، لأنّ المواعيد قد تكون لازمةً، فتُجعل لازمةً لحاجة النّاس[1]"

وقال ابن نُجيم رحمه الله تعالى في الأشباه:

"الخُلْف في الوعد حرام، كذا في أضحيّة الذخيرة. وفي القِنْية: وَعَده أن يأتيه، فلم يأته، لا يأثم، ولا يلزم الوعدُ إلاّ إذا كان معلّقاً، كما في كفالة البزازية، وفي بيع الوفاء، كما ذكره الزّيلعيّ"

وقال الحمويّ تحته:

"والتّقدير: ولا يلزم الوعدُ إلاّ في التّعليق وبيع الوفاء، وإن لم يكن معلّقاً"

والواقعُ أنّ الوفاءَ بالوعد مأمورٌ به من قِبل القرآن والسنّة بكل تأكيد؛ وإخلافُ الوعد منهيٌّ عنه بالنّصوص الصّريحة، فقال الله تبارك وتعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا

(١) شرح المجلة للأتاسي ٢:٤١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

بِالْعُقُودِ [المائدة: ١] ويقول الإمام أبوبكر الجصاص في تفسيره:

"العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ... وسُمّي اليمينُ على المستقبل عقداً، لأنّ الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشّركة والمضاربة ونحوها تسمّى أيضاً عقوداً، لما وصفنا من اقتضاءه الوفاء بما شرطه على كلّ واحدٍ من الرّبح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان، لأنّ معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها. وكذلك كلّ شرطٍ شرطه الإنسان على نفسه في شيئٍ يفعله في المستقبل، فهو عقد"[1]

وقال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ؟ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ [الصّف: ٢، ٣] وقد مرّ تعليق الجصاص على هذه الآية، وإنّه وعيدٌ شديدٌ على الإخلاف في الوعد. وقال تعالى: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا [الإسراء: ٣٤]

وقد صحّ من رواية أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال:

"آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب. وإذا وعد أخلف، وإذا أُوتمن خان."[2]

وقد صحّ من رواية عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما مرفوعاً:

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٣: ٢٩٤ - ٢٩٥

(٢) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب خصال المنافق

www.besturdubooks.wordpress.com

"أربعٌ من كنّ فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلةٌ منهن كانت فيه خصلةٌ من النّفاق حتى يدعها .... إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر"(١)

وروى البخاريّ رحمه الله تعالى حديث عائشة:

"أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم كان يستعيذ في صلاته كثيراً من المأثم والمغرم. فقيل له: يا رسولَ الله! ما أكثرَ ما تستعيذ من المغرم؟ فقال: إنّ الرّجل إذا غرم، حدّث فكذب. ووعد فأخلف."(٢)

وقد قرن رسولُ الله صلى الله عليه وسلم خُلْفَ الوعد في هذين الحديثين بالكذب. وقد جعله علامةَ النّفاق في الحديث الأوّل.

وقد صحّ عن أبي بكر الصدّيق رضي الله تعالى عنه أنّه أعلن عندما جاءه مالٌ من البحرين: "مَن كان له عند النّبيّ صلى الله عليه وسلم عِدَةٌ أو دين فليأتنا". فأتاه جابر رضي الله عنه وذكر أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم وعده بأن يحثي له ثلاثا. فحثى له أبو بكر رضي الله عنه ثلاثا(٣). فقرن أبو بكر رضي الله عنه العِدةَ بالدَّين، ووفى بوعد رسول الله صلّى الله عليه وسلم.

وقد ورد في حديث هرقل أنّ أبا سفيان ذكر عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه: "يأمر

(١) صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب إذا خاصم فجر، حديث ٢٤٥٩

(٢) صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، باب من استعاذ من الدين رقم ٢٣٩٧

(٣) صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب إذا وهب هبة أو وعد ثم مات، رقم ٢٥٩٨ و كتاب الشهادات، باب من أمر بإنجاز الوعد، رقم ٢٦٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

بالصلاة والصدق والعفاف والوفاء بالعهد وأداء الأمانة[1]" ممّا يدلّ على أنّ الوفاء بالعهد كان من النّقاط الأساسيّة الّتي بنى عليها رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم دعوته.

وقد ورد عن ابن عبّاس رضي الله تعالى عنهما عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"لاتُمارِ أخاك، ولاتُمازِحه، ولاتَعِده موعدةً فتُخلِفه"[2]

وروى أنس عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"لا إيمانَ لمن لا أمانة له، ولا دينَ لمن لاعهد له"[3]

فهذه الآيات والأحاديثُ بمجموعها لا تدع مجالاً للشّكّ في أنّ الوفاء بالوعد واجبٌ، وإخلافه إثم، إلاّ إذا كان بعذرٍ مقبول. ومن العلماء من تأوّل في هذه الأحاديث بأنّ الحرمة إنّما تلزم إذا كان في نيّة الواعد عند الوعد أنّه لايفي به، أمّا إذا كان في نيّته أن يَفِيَ، ثم بدا له خلافُه فلا يحرم إخلاف الوعد. واستدلّوا في ذلك بما أخرجه أبو داود والتّرمذيّ عن زيد بن أرقم، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إذا وعد الرّجلُ أخاه، ومن نيّته أن يفيَ له: فلم يَفِ، ولم يجئ للميعاد فلا إثمَ عليه[4]"

ولكنّ هذا الحديث مدارُه على أبي النّعمان و أبي وقّاص، وكلاهما مجهول. ولذلك

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، رقم ٢٦٨١

(٢) أخرجه الترمذي في البرّ والصلة، حديث ١٩١٨ وقال "حسن غريب"

(٣) مسند أحمد ١٩: ٣٧٦، ٢٠: ٢٣، ٢٠: ٤٢٣، ٢١: ٢٣١

(٤) سنن أبي داود، كتاب الأدب، حديث ٤٣٤٣

www.besturdubooks.wordpress.com

قال الإمام الترمذيّ رحمه الله بعد إخراجه: "هذا حديث غريب، وليس إسناده بالقويّ. عليّ بن عبد الأعلى ثقة، ولايعُرف أبو النّعمان ولا أبو وقّاص، وهما مجهولان[1]"

ولئن ثبت هذا الحديث بطريق مقبول، فيمكن حملُه على حالة العذر، بينما الآياتُ والأحاديث الموجبة للوفاء بالوعد شاملةٌ للحالتين، سواء أكان في نيّة الواعدِ الوفاءُ عند الوعد أم لم يكن. أمّا حالةُ العذر، فيدلّ على استثناءها ما ورد في الصّحيح من حديث عائشة رضي الله عنها قال:

"واعد رسولُ الله صلى الله عليه وسلم جبريلَ عليه السّلام في ساعة يأتيه فيها، فجاءت تلك السّاعةُ ولم يأته، وفي يده عصًا فألقاها من يده، وقال: ما يُخلف الله وعدَه ولارُسُلُه، ثم التفت، فإذا جِروُ كلبٍ تحت سريره فقال: يا عائشة! متى دخل هذا الكلب ههنا؟ فقالت: والله ما دريتُ، فأمر به فأخرج، فجاء جبريل، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: واعدتَني فجلستُ لك، فلم تأتِ، فقال: منعني الكلبُ الّذي كان في بيتك، إنّا لاندخل بيتاً فيه كلبٌ ولا صورة[2]"

وقال الإمام الغزالي رحمه الله تعالى في سياق آفات اللسان:

"الآفة الثالثة عشر: الوعد الكاذب ... فإنّ اللسان سبّاقٌ إلى الوعد، ثم النّفس

(١) جامع الترمذي، كتاب الإيمان، حديث ٢٥٥٧

(٢) صحيح مسلم، كتاب اللباس والزينة، حديث ٢٩٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

ربّما لا تسمحُ بالوفاء فيصير الوعد خُلفاً، وذلك من أمارات النّفاق ... قال الله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... وقد أثنى الله تعالى على نبيّه إسماعيل عليه السلام في كتابه العزيز فقال: إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ.. ولمّا حضرت عبدَ الله بن عمر الوفاةُ قال: إنّه كان خطب إلى ابنتي رجلٌ من قريش، وكان إليه منّي شِبهُ الوعد، فوالله لا ألقى الله بثُلُث النّفاق. أُشهدكم أنّي قد زوّجتُه ابنتي... وكان ابن مسعود لا يعِد وعداً إلاّ ويقول: إن شاء الله، وهو الأولى. ثمّ إذا فُهِم مع ذلك الجزم في الوعد، فلابدّ من الوفاء إلاّ أن يتعذّر. فإن كان عند الوعد عازماً على أن لا يَفِيَ فهذا هو النّفاق. وقال أبو هريرة: قال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: ثلاثٌ من كُنّ فيه هو منافق وإن صام وصلّى... وهذا ينزل على عزم الخلف أو ترك الوفاء من غير عذر. فأمّا من عزم على الوفاء، فمن له عذرٌ منعه من الوفاء لم يكن منافقاً، وإن جرى عليه ما هو صورة النّفاق، ولكن ينبغي أن يَحترز من صورة النّفاق أيضاً، كما يحترز من حقيقته ولا ينبغي أن يجعل نفسه معذوراً من غير ضرورة حاجزة"[1]

فالّذي يتلخّص من القرآن والسنّة أنّ الوعدَ إذا كان جازماً يجب الوفاء به ديانةً، ويأثم الإنسان بالإخلاف فيه، إلاّ إذا كان لعُذرٍ مقبول. أمّا لزومُ الوفاء قضاءً، فالأصلُ فيه أنّ مجرّدَ الوعد لا يُحكَمُ به في القضاء، لأنّ المواعيد متنوّعة، وليس من مهامّ

---

(1) إحياء علوم الدين للغزالي ٣: ١٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

القضاء أن يتدخل في كلّ مايجرى بين النّاس من كلام، فمَن قبل من الآخر خِطبَته لبنته، فإنّ ذلك وعدٌ منه بتزويجه إيّاها. وقد يبدوله أنه ليس من مصلحة البنت أن يَفي بهذا الوعد. فلو قلنا: إنّ المواعيدَ كلّها لازمةٌ في القضاء، لزم أن يرفع الخاطبُ هذه القضيّة إلى القاضي، ويجبُر القاضي والدَ المخطوبة على أن يزوّج الخاطب إيّاها، وهذا ممّا فيه حرجٌ ظاهر. وكذلك لووعد أحدٌ آخرَ أن يعطيه بعضَ الفلوس تبرّعاً، فهذا وعدٌ يجب إيفاء ه على الواعد ديانةً. أمّا أن يأخذ الموعودله بيد الواعد، ويجرّه إلى المحكمة لإنجاز هذا الوعد، فلا عهدَ به في الشّريعة.

ولكن قد تظهر هناك حالاتٌ يمكن أن تُجعل المواعيدُ فيها لازمةً في القضاء، لأنّ الإخلاف فيها يؤدّي إلى ضرر بيّن للموعود له. مثلاً: إن وعد أحدٌ بشراء بضاعة من تاجر، وقد تكلّف التّاجر نفقاتٍ باهضة، وتحمّل جُهداً كبيراً للحصول عليها بناءً على وعد المشترى بأنّه سيشتريها منه، وقد تكون البضاعةُ ممّا لا يوجد لها المشترون إلاّ بقلّة. فلو امتنع المشترى عن الوفاء بوعده، فإنّ ضررَ التّاجر ظاهر، فالقولُ بعدم لزوم الوعد في مثل هذه الحالة يعوّق النّاس عن الدّخول في التّعاملات التّجاريّة الكبيرة، ولاسيّما في التّجارة الدّوليّة اليوم، حيثُ إنّ العقود فيها إنّما تُبنى على أساس الوعود والمساومات الّتي تأخذ وقتاً طويلاً، ولولا أنّ هذه الوعود لازمةٌ في القضاء، لم يثِقْ أحدٌ بآخر، ولا اجترأ على الدّخول معه في البيع.

فإنّ أمثال هذه الحالات هي الّتي قال فيها الفقهاء الحنفيّة: "وقد تُجعل المواعيدُ لازمةً لحاجة النّاس" كما أسلفنا عن ردّالمحتار وغيره.

بقيَ الآن تحديدُ المعيار الّذى يفرّق بين الوعد الّذي يلزم قضاءً، وبين الوعد الّذى

www.besturdubooks.wordpress.com

لايلزم. والّذي أرى أنه يمكن جعلُ الوعد لازماً في القضاء على أساسين:

ألأوّل: أن يكون ذلك بتقنينٍ من الحكومة الإسلاميّة. فيُعيّن القانون المواعيدَ الّتي تُعتبر لازمةً في القضاء.

والثّاني: أن يكون في الوفاء بالوعد كلفةٌ على الموعودله يتحمّلها بناءً على الوعد، ويصرّح الواعدُ في وعده بأنّ هذا الوعد لازمٌ عليه في القضاء، ويكتُبه أو يُشهد عليه.

فلو وعد أحدٌ بالبيع أو بالشّراء، وقد صرّح الواعدُ بأنّ هذا الوعد يلزمه في القضاء، فينبغي أن يلزمه، ويُحْكم به قضاءً. ومستندُنا في ذلك الآياتُ والأحاديثُ الدّالّة على وجوب الإيفاء بالوعد ديانةً، وما كان واجباً في الدّيانة يمكن أن يُجعل لازماً في القضاء بتقنينٍ من الحكومة، لأنّ طاعةَ أولى الأمر واجبةٌ في المباحات، ففي الواجبات أولى. وعند فُقدان مثل هذا التّقنين، يمكن أن يحُلّ التزامُ الواعد محلّه، لأنّ المواعيدَ قد تُجعل لازمةً لحاجة النّاس، كما صرّح به الفقهاء الحنفيّة، والحاجةُ في مثل هذه الحالات متحقّقة، ولذلك أفتى الشّيخ فتح محمّد اللّكنويّ رحمه الله (تلميذ الإمام عبدالحيّ اللّكنوي) وتلميذه الشّيخ سعيد أحمد اللكنويّ رحمه الله تعالى بأنّ الوعدَ بالبيع أو الشّراء لازمٌ قضاءً.[1]

وقد درس مجمع الفقه الإسلاميّ المنبثق عن منظّمة المؤتمر الإسلاميّ هذه المسئلة في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى سنة ١٤٠٩هـ وقرّر في هذا الموضوع ما يلي:

---

(١) عطر هداية ص ١١٠ وص ٢٤٣ و ٢٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

"الوعد يكون ملزماً للواعد ديانةً إلاّ لعذر، وهو ملزمٌ قضاءً إذا كان معلّقاً على سبب، ودخل الموعود في كُلفة نتيجةَ الوعد. ويتحدّد أثرُ الإلزام في هذه الحالة إمّا بتنفيذ الوعد، وإمّا بالتّعويض عن الضّرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلاعذر"(١)

وإنّما أفتى المجمعُ بالتّعويض عن الضّرر الفعليّ على أساس القواعد العامّة المأخوذة من الحديث الطويل لعُبادة بن الصّامت رضي الله تعالى عنه الّذي ذكر فيه عدّة أقضية لرسول الله صلى الله عليه وسلم، وفيه: "وقضى أن لاضرر ولاضرار."(٢) كذلك رواه عبدالله بن عباس رضي الله تعالى عنهما أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لاضرر ولاإضرار."(٣) ويشهد له ما رواه جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنهما قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "لاضرر ولاضرارَ في الإسلام." أخرجه الطبرانيّ في الأوسط.(٤) وكذلك أخرجه الطبرانيّ عن عائشة رضي الله تعالى عنها بسند ضعيف.(٥)

وربّما ينشأ سؤال، وهو أنّ الوعد بالبيع أو بالشراء يقعُ غالباً في حين أنّ البائع لا

---

(١) قرار رقم ٢,٣ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس ٢: ١٥٩٩

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٣٧: ٤٣٦ برقم ٢٢٧٧٨ وقال الهيثميّ رحمه الله تعالى: "روى ابن ماجه طرفاً منه. رواه عبدالله بن أحمد، وإسحق (يعني ابن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت) لم يدرك عبادة." (مجمع الزوائد ٤: ٢٠٥)

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٥: ٥٥ برقم ٢٨٦٥ ولكن فيه جابر الجعفيّ معروف بضعفه

(٤) كذا في مجمع الزوائد ٤: ١١٠ وقال الهيثميّ رحمه الله تعالى: "وفيه ابن إسحق، وهو ثقة ولكنّه مدلّس."

(٥) مجمع الزوائد ٤: ١١٠

www.besturdubooks.wordpress.com

يملك المبيع. فلو جعلنا الوعدَ ملزِماً في القضاء، صار ذلك مشابهاً لعقد البيع، وهو بيعٌ لما لا يملك الإنسان، أو هو بيعٌ مضافٌ إلى المستقبل، وكلاهما لا يجوز.

والجواب، أنّ الوعد الملزم بالبيع ليس بيعاً، ويتّضح الفرقُ بينهما بالنّقاط الآتية:

١- حيث إنّ الوعد بالبيع ليس بيعاً، فإنّ البيعَ يحتاج إلى أن يتمّ عند الأجل الموعود بالإيجاب والقبول من الطّرفين أو بالتّعاطي. فإذا لم يتحقّق الإيجابُ والقبول ولا التّعاطي عندئذٍ، لم ينشأ بيعٌ؛ بخلاف البيع المضاف إلى المستقبل، فإنّه لا يحتاج إلى الإيجاب والقبول مرّةً أخرى، وإنّما تنشأ الحقوقُ والالتزاماتُ عند الأجل المحدّد، فتنتقل ملكيّةُ المبيع إلى المشتري، ويجب عليه أداء الثّمن بصفة تلقائيّة.

٢- بما أنّ البيع لاينعقد بمجرّد الوعد، وإنما يحتاج الطّرفان إلى عقده في التّاريخ الموعود، فإن أخلفَ الواعدُ في وعده، ولم يعقد البيعَ في أوانه، فإنّ القاضيَ يجبُره إذا كان قادراً على تنفيذ البيع. وإن كان إخلافُه للوعد لسبب خارج عن اختياره، وكان له عذرٌ واضحٌ في ذلك، فإنّه يُعذر. أمّا في البيع المضاف إلى المستقبل، فالبيع باتٌّ منذ يوم البيع، فلايُعذَر الطّرف المقصّرُ في حالٍ من الأحوال. فإن كان اشترى شيئاً في التّاريخ المستقبل، فإنّه يصير مديناً بالثّمن في ذلك التّاريخ تلقائيًا. فإن لم يستطع أداء الثّمن، يبقى الثّمنُ ديناً في ذمّته إلى أن يسدّده، ولا يسبّب عدمُ أداءِه للثّمن فسخاً للبيع، إلاّ بعقد الإقالة بالتّراضي.

ثمّ إنّ مجمع الفقه الإسلاميّ إنّما أجاز لزومَ الوعد إذا كان من طرفٍ واحد. أمّا إذا

www.besturdubooks.wordpress.com

كان هناك مواعدةٌ من الطّرفين فلم يجوزها المجمع[1]، وذلك لكونها مشابهةً للعقد المضاف إلى المستقبل، حيثُ يلتزم كلّ واحدٍ منهما بالعقد في تاريخٍ لاحق، بخلاف الوعد من طرفٍ واحد، فإنّ الملتزم به أحدالفريقين، والثّاني غير مُلزَم به، فيفارق العقدَ من هذه الجهة.

ولكن ربّما تمسّ الحاجة إلى مُواعدةٍ ملزمةٍ للطّرفين، وخاصّةً في التّجارة الدّولية واتفاقيّات التّوريد.

٣٣- المواعدة في اتفاقيّات التّوريد

واتّفاقيّةُ التّوريد عبارةٌ عن اتّفاقٍ بين الجهة المشترية والجهة البائعة على أنّ الجهة البائعة تُورِّد إلى الجهة المشترية سِلَعاً أو موادَّ محدودةَ الأوصاف في تواريخَ مستقبلة معيّنة لقاءَ ثمنٍ معلومٍ متّفق عليه بين الفريقين، مثل أن يحتاج فندقٌ إلى موادَّ غذائيّة تُورَّد إليه كلَّ يوم، فيدخلُ صاحبُ الفندق في اتّفاقيّة التّوريد مع تاجرٍ أنّه سيوفّر لها تلك الموادَّ الغذائيّة بمواصفاتٍ معلومة، وكميّة معلومة، كلَّ يوم إلى مدّة سريان الاتّفاقيّة. وقد عرّف مجمعُ الفقه الإسلاميَّ التّوريد بما يأتي:

"عقد التّوريد عقدٌ يتعهّد بمقتضاه طرف أوّل بأن يُسلّم سِلعاً معلومةً مؤجّلةً بصفة دوريّة خلال فترةٍ معيّنةٍ لطرفٍ آخر مقابلَ مبلغ معيّن مؤجّلٍ كلّه أو بعضه."[2]

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس ١٥٩٩:٢، رقم ٣و٢ من الدورة الخامسة المنعقدة بالكويت سنة ١٤٠٩هـ

(٢) قرار رقم ١٠٧ (١-١٢) مجلّة المجمع، العدد الثاني عشر

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّما تحتاج المؤسساتُ التّجاريّة إلى مثل هذه الاتّفاقيّات، ليُمكن لها تخطيطُ نشاطاتها التّجاريّة، فإنّ ذلك لا يتيسّر إلاّ بالتزامٍ من الطّرفين، يتمّ به الحصولُ على الموادّ الخامّ، أو الموادّ المطلوبة الأخرى في أوقات محدّدة، ويكون لتحديد هذه الأوقات أثرٌ كبير في نجاح المخطّطات التّجارية وفشلها.

وحكم هذه الاتفاقيّات أنّه إن كان محلُّ التّوريد شيئٌ يحتاج إلى صناعة، فيمكنُ تقعيدُها على أساس الاستصناع، وسيأتي حكمُه في موضعه إن شاء الله تعالى. وكذلك إن كان المستوردُ يُعجّل الثّمنَ بكامله عند العقد، فهذا عقدٌ يأخذ حُكم السّلم، فيجوز بشروطه المعتبرة شرعاً كما سيأتي في محلّه إن شاء الله تعالى.

أمّا إذا كان محلُّ التوريد شيئٌ لا يحتاج إلى صنعة، ولا يُمكن تخريجُه على أساس السّلم، فلا يجوز أن تُعتبر الاتفاقيّةُ عقداً باتّاً للبيع أو الشّراء، لأنّه عقدٌ مضافٌ إلى مستقبلٍ، ومنعه جمهور الفقهاء، ولأنّه يتأجّل فيه البدلان، فيستلزم بيعَ الكالئ بالكالئ، ولأنّ محلَّ التّوريد في كثيرٍ من الأحوال لا يملكه البائعُ عند التّوقيع على الاتّفاقية، بل ربّما يكون معدوماً، فيستلزم بيعاً للمعدوم، أو لما لا يملكه البائع، وكلاهما ممنوع.

فالصّحيح أنّ اتفاقيّة التّوريد لا تعدو من النّاحية الشّرعية من أن تكون تفاهماً ومواعدةً من الطّرفين. أمّا البيع الفعليّ، فلا ينعقد إلاّ عند تسليم المبيعات. فالإشكال الوحيدُ إذن، هو في كون هذه المواعدة ملزمةً للطّرفين، والمواعدةُ في عامّة الأحوال لا تكون ملزمة، وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلاميّ بشأن التّوريد خاصّةً أنّه يجوز إذا لم تكن المواعدةُ ملزمةً لأحد الطّرفين، أو لكليهما. أمّا إذا كانت هناك مواعدةٌ ملزمةٌ للطّرفين

www.besturdubooks.wordpress.com

فهذه الاتّفاقيات غيرُ جائزةٍ شرعاً.

ولكن ذكر بعضُ الفقهاء أنّ المواعدةَ قد تُجعل لازمةً لحاجة النّاس، ويقول الإمام قاضي خان، وهو يتحدث عن بيع الوفاء:

"وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشّرط على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاءُ بالوعد، لأنّ المواعدةَ قد تكون لازمةً، فتُجعل لازمةً لحاجة النّاس"(١)

وكذلك يظهر من عبارة الإمام أبي بكر الجصّاص، رحمه الله تعالى، في تفسير قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لاَ تَفْعَلُونَ" [الصف: ٢] وقد ذكرنا نصّه عند كلامنا على الوعد.

وقال العلاّمة بدر الدّين العينيّ رحمه الله تعالى في تفسير قول الله تعالى حاكياً عن شعيب عليه السّلام: "إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ" [القصص: ٢٧]

"فإن قلت: كيف يصحّ أن يُنكح إحدى ابنتيه من غير تمييز؟ قلت: لم يكن ذلك عقدَ النّكاح، ولكن مواعدةٌ ومواضعة، أمرٌ قد عُزم عليه."(٢)

والظّاهر أن العينيّ رحمه الله اعتبره مواعدةً ملزمة، وفرّق بينه وبين العقد.

ولا شكّ أن حاجة إلزام المواعدة في اتّفاقيات التّوريد ظاهرة. وضررُ أحد الفريقين عند عدم لزومها بيّنٌ لا يحتاج إلى شرح. ولذلك أفتى الشّيخ فتح

(١) فتاوى قاضي خان، بهامش الفتاوى الهندية ٢: ١٦٥ فصل في الشروط المفسدة في البيع

(٢) عمدة القاري، كتاب الإجارات، باب من استأجر أجيرا فبين له الأجل ولم يبين له العمل. ١٢: ١٢١

www.besturdubooks.wordpress.com

محمد اللكنوي رحمه الله (تلميذ الإمام عبدالحي الملكنوي) وتلميذه الشيخ سعيد أحمد اللكنوي رحمه الله تعالى بأنّ المواعدة بالبيع و الشّراء لازم قضاء.[1]

فإن قيل: ما هوالفرق بين هذه المواعدة اللازمة وبين البيع المضاف إلى المستقبل؟ فالجواب: أنّ المواعدةَ لا تكونُ في حكم إنجاز عقد البيع، لأنّ إنجازَ العقد ينقل المعقودَ عليه من ذمّة إلى ذمّة. فمَن أنجز الشّراء، فإنّه جعل الثّمن ديناً في ذمّته، ومن أنجز البيع، فإنّه نقل مِلكَ المبيع إلى المشتري، أوجعل المبيع ديناً في ذمّته إن كان البيع سَلَماً. وإنّ هذا الانتقال من ذمّة إلى ذمّة يحدُث فورَ مايتمّ الإيجاب والقبول. ولذلك من اشترى داراً لسكناه، ولم يدفع الثّمن إلى بائعها، فإنّه صار مديناً للبائع بمقدار الثّمن، وتجرى عليه سائر أحكام المديون، فلا تجب عليه الزّكاة بمقدار هذا الدّين على قولِ من يجعل الدّينَ ما نعاً لوجوب الزكاة، حالاً كان أومؤجّلا[2]. وإذا أفلس المشتري، فإنّ البائع أسوةٌ للغرماء على قول الحنفيّة. وكذلك من باع الحنطةَ سلَماً، فإنه أصبح مديناً للمشتري بذلك المقدار من الحنطة، فتسقطُ عنه الزّكاة بذلك المقدار لكونه ديناً عليه، ولا يسقطُ هذا الدّينُ بموت المسلم إليه، فيؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً[3].

أمّا المواعدة، فلا تُنشيء ديناً على أحد من الطرفين، فلا تحدُث بها هذه النّتائج. فإذا تواعدا على بيع الشّيئ في تاريخ لاحق، لم يكن الثّمنُ ديناً في ذمّة الواعد بالشّراء، فلا تسقط عنه الزكاةُ بمقدار الثّمن، ولم يكن المبيعُ ديناً في ذمّة الواعد بالبيع، فلا

---

(١) عطر هداية ص ١١٠ وص ٢٤٣ و ٢٤٤

(٢) راجع بدائع الصنائع للكاساني ٢:٨٣ داراحياء التراث العربي، بيروت ١٤١٨هـ

(٣) راجع ردالمحتار ١٥: ٣٧٥ فقره ٢٤٧٤٧ باب السلم

www.besturdubooks.wordpress.com

تسقطُ عنه زكاتُه. ولا يحقّ للواعد بالشّراء أن يأخذ الشّيئ الموعودَ بيعُه من تركة الواعد بالبيع بعد موته أو إفلاسه. فظهر أنّ المواعدة ليست عقداً، ولا تنتُج عنها آثار العقد. ولا المديونيّةُ إلاّ في التّاريخ الموعود، بل يجب عند ذلك أن يتمّ الإيجاب والقبول من الطّرفين، على أنّه إن عرض لأحد الطرفين في المواعدة عذرٌ حقيقيٌّ مقبول منَعه من إنجاز الوعد، فإنّه يُعدّ معذوراً، ولا يُجبر على إنجاز العقد، ولا على دفع التّعويض. أمّا في البيع المضاف إلى المستقبل، فعجْز أحد الطّرفين من تنفيذ مسؤليّاته العقديّة لايسبّب الفسخ تلقائياً، وإنّما يحتاج إلى الإقالة بالتّراضي.

أمّا أثر كون المواعدة لازمةً، فلا يتجاوز من أن يجبُر الحاكمُ الفريقين بإنجاز العقد في التّاريخ الموعود. وإن أخلّ أحدُهما بالوفاء بوعده بدون عذرٍ مقبول، حمّله الحاكم ماتضرّر به الآخرُ من الضّرر الفعليّ الّذي أصاب الفريقَ الآخر بسبب تخلّفه عن الوفاء[١]. وهذه النّتيجةُ مختلفةٌ تماماً عن نتائج إنجاز العقد الّذي ينقل المعقود عليه من ذمّة إلى ذمّة.[٢]

٣٤- المواعدة في البيوع عن طريق فتح الاعتمادالمصرفي

ثم إنّ البيوع الدّوليّة التي تتمّ عن طريق الاعتماد المصرفيّ (Letter of Credit) لايمكن تخريجها عموماً إلاّ على أساس المواعدة. وذلك لأنّ الاعتماد المصرفيّ إنّما يُفتح عادةً حينما تكون عند فاتح الاعتماد اتفاقيةُ بيعٍ ملزمةٌ للطرفين. وإنّ هذه الاتفاقيّةَ

---

(١) وهذا ما صدربه قرار مجمع الفقه الإسلاميّ في إخلاف الوعد من طرف واحد، راجع مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، عدد ٥ ج ٢ ص ١٥٩٩

(٢) وللمزيد من البحث في عقود التوريد يراجع رسالتي المستقلّة "عقود التوريد والمناقصة"

www.besturdubooks.wordpress.com

لا يمكن أن تُعتبر بيعاً ناجزاً في عامّة الأحوال، لأنها تُوقّع غالباً في حينٍ لا يملك فيه البائع الكميّة المطلوبة من البضاعة المبيعة. ومعلومٌ أنّ بيع مالا يملك الإنسان باطلٌ شرعاً. ولو كان المبيعُ مملوكاً للبائع، فإنّ الكميّة المبيعة غيرُ متعيّنة، وكذلك يشترط في الاتفاقيّة تأجيلُ تسليم المبيع، وذلك يؤدي إلي تأجيل البدلين، وبيعِ الكالئ بالكالئ، وكلٌّ ذلك ممنوعٌ شرعاً. فلا سبيل لتصحيح هذه العمليّة الّتي لاغِنيً عنها في التّجارات الدّولية إلاّ بأن تعتبر هذه الاتفاقيّةُ مواعدةً لعقد البيع بعد تحقّق شروطٍ متّفق عليها.

ولابدّ من كون هذه المواعدة ملزمةً للطرفين. لأنه لايُفتح الاعتماد عادةً إلاّ بذلك، ولايمكن إنجاز البيع في غالب الأحوال إلاّ بفتح الاعتماد. و سوف نتكلّم على مسائل الاعتماد المستنديّ في باب مستقلّ إن شاء الله تعالى. وسنذكر أنّ اتّفاقيّة البيع (Agreement to sell) مختلفةٌ تماماً عن عقد البيع، فإنّ الاتّفاقيّة لاتعدو من أن تكون مواعدةً ملزمة، وإنّما يُعقد البيع بعدها إمّا بالإيجاب والقبول، أو بالتّسليم والتّسلّم على أساس التّعاطي. وإنّ كثيراً من بيوع العقارات في عهدنا تقع على هذا الأساس، حيثُ تُوقّع اتفاقيّة البيع قبل إنجاز البيع، لأنّ إنجازَ البيع يتوقّف عادةً بتوافر شروط لايرضى المتعاقدان بإنجازه إلاّ بها. فلا سبيلَ لتصحيح هذه العمليّات إلاّ على أساس المواعدة الملزمة للطّرفين.

ولكن لايغيب عن البال أنّ كونها مُلزمةً خلافُ الأصل، وإنّما أجيز على أساس حاجة تجاريّة حقيقيّة. فلاينبغي أن تُتخذ أصلاً في جميع العمليّات الرّائجة في السّوق الرأسماليّة. فإنّ هناك عمليّات كثيرة ليست مبنيّةً على أساس حاجة تجاريّة حقيقيّة، وإنّما المقصود منها الدّخول في عقود المضاربات (Speculations) الّتي

www.besturdubooks.wordpress.com

اخترعتها السّوق الرأسماليّة، وليس المقصودُ منها تسليمَ المبيع وتسلّمها، وإنّما المقصودُ الاسترباح من خلال فروق الأسعار. وهي بالمقامرة أشبهُ منها بالتّجارة، وتنشأ منها مفاسدُ خطيرةٌ ليس هذا موضعَ شرحها.

ولأجل معرفة ما يقع في في العقود التّجاريّة اليوم يُناسبُ أن نُلقي نظرةً على القانون السّائد في هذا المجال.

٣٥- الفرق بين "اتفاقية البيع" و"البيع" في القانون

البيوع في التّجارة المعاصرة تُعقد بطريقين:

الطّريق الأوّل: البيوعُ الّتي تُنجز في الحال بالإيجاب والقبول شفاهاً، أو كتابةً، وينتقل بها مِلكُ المبيع إلى المشتري فورَ تمام الإيجاب والقبول، ولا يتوقّف ذلك على أمرٍ آخر. وهذا بيعٌ عاديٌ يجري عليه جميعُ أحكام البيع. وإنّ هذا الطّريقَ هو المتّبعُ عادةً في البيوع على القطّاعي، وفي بيوع الجُملة الّتي لاتحتاج إلى إجراآت طويلة.

الطّريقُ الثّاني: أن يتّفق الطّرفان على البيع، ولكن لايُنجزانه في الحال، بل يتوقّف إنجازُ البيع على أمورٍ تحدثُ في تاريخ لاحق. وإنّ هذا الطّريق يُحتاج إليه عادةً في البيوع الّتي تحتاج إمّا في الحالات الّتي تُشترى فيها كمّيّةٌ كبيرة من السّلع، ويحتاج البائعُ لتوفيرها إلى وقت. وإمّا في الحالات الّتي تحتاج إلى إجراآت رسميّة، مثل بيع العقارات.

وفي هذا الطّريق الثّاني تُعقد البيوع عادةً على أساس اتّفاقيّة يُوقّع عليها الطّرفان قبل إنجاز البيع. وللوقوف على تكييفها الشّرعي، لابدّ من معرفة ما هو الواقع في القوانين السّائدة.

www.besturdubooks.wordpress.com

والمعروف في القوانين السائدة اليوم أنّ هناك فرقاً بين "اتفاقية البيع" (Agreement to Sell) وبين "البيع" (Sale). فأمّا اتفاقيةُ البيع، فهو مواعدةٌ أو التزامٌ من الطّرفين بإنجاز البيع في تاريخ لاحق، أو بعد تحقّق بعض الشّروط. ولا ينتقل بها مِلكُ المبيع إلى المشتري. والصّيغةُ الّتي تُستعمل في الاتّفاقيّة عادةً هيَ ما يأتي: "وافق الطّرفُ الأول، البائعُ، أن يبيع، ووافق الطّرفُ الثّاني، المشتري، أن يشتريَ منه كذا في تاريخ كذا، أو بشروط متّفق عليها في الاتّفاقيّة."(١)

وأمّا "البيع" فهو عقدُ إنجاز البيع، وبه ينتقل مِلكُ المبيع إلى المشتري. ويُطلق على مجموعهما مصطلحُ "عقد البيع" (Contract of sale) والطّريقُ المتّبع أنّه يُوقّع العاقدان اتّفاقيّةَ البيع، ليقعَ البيع في تاريخٍ لاحق، أو عند وجود شرط. فإذا جاء ذلك التّاريخ، أو وُجد ذلك الشّرط، تمّ البيعُ تلقائياً دون حاجةٍ إلى إيجابٍ وقبولٍ جديد. ينُصّ "قانون بيع المال" الإنكليزيّ (Sale of Goods Act 1930) في مادّة ٤ ما يأتي:

(1) A contract of sale is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a price.

(2) A contract of sale may be absolute or conditional.

(3) Where under a contract of sale the property in the goods is transferred from the seller to the buyer, the contract is called a sale, but where the transfer of the property in the goods is to take place at a future time or subject to some condition thereafter to be fulfilled, the contract is called an agreement to

---

(١) وإنّه وإن كان في الأصل التزاماً من الطرفين لإنشاء بيع يسري مفعولُه في المستقبل، ولكن قد تُستعمل الاتّفاقيّةُ لإنجاز البيع فورَ التّوقيع أيضاً. وفي هذه الحالة لافرق بينه وبين البيوع المعقودة بالطّريق الأوّل العادي.

www.besturdubooks.wordpress.com

(4) An agreement to sell becomes a sale when the time elapses or the conditions are fulfilled subject to which the property in the goods is to be transferred.

٤- ١ "عقدُ البيع عقدٌ يقوم فيه البائعُ بنقل ملك البضاعة، أو بالاتّفاق على نقل ملكها إلى المشتري مقابلَ الثّمن.

٢ يمكنُ أن يكون عقدُ البيع باتاً، أو مشروطاً بشرط.

٣- إن انتقل مِلكُ البضاعة من البائع إلى المشتري من خلال عقد البيع، فإنّه يُسمّى "بيعاً". أمّا إذا كان انتقالُ مِلك البضاعة يقع في وقتٍ لاحق، أو كان موقوفاً على شرطٍ يُوفى لاحقاً، فإنّ العقد يُسمّى "اتفاقيّة البيع".

٤- "اتّفاقيّة البيع" تنقلب إلى "البيع" إذا مضى الوقت (أي المحدّد في الاتّفاقيّة)، أو تحقّق الشّرط الّذي كان انتقالُ الملك موقوفاً عليه."

وقال جوزف جتي في تفسير هذه المادّة:

"يجب أن يُفرّق بين "البيع" وبين "اتفاقيّة البيع"، لأنّ "البيع" يشتمل على عقدٍ ونقلٍ (للملك). و"اتفاقيّة البيع" في جانبٍ آخر عقدٌ فقط، وليس شيئاً زائداً على ذلك. وينتج من ذلك أنّه لو تخلّف أحدُ الطّرفين في "اتفاقيّة البيع" عمّا وجب عليه بموجب الاتّفاقيّة، فإنّه ليس للطّرف الآخر إلاّ المطالبةُ الشّخصيّة[1] (Personal remedy) أمّا إذا أنجز البيع، فإنّ المشتري له حقوقٌ

(١) المراد من المطالبة الشّخصيّة أن يُجبر المتخلف على الوفاء بالاتفاقيّة، أو على تعويض الضّرر الّذي أصاب الطّرف الآخر بسبب تخلفه. فالحقّ الّذي ينشأ عن اتفاقيّة البيع هو "حقٌّ شخصيٌّ" =

www.besturdubooks.wordpress.com

المالك فى البضاعة نفسها، والبائعُ له الحقُّ في مطالبة الثّمن عن طريق القضاء. وبالتّالي، فإنّ خطرَ هلاك البضاعة، أو نقصانه يبقى على المالك عموماً. ولهذا، فإنّ هذا الخطرَ يقع على البائع في "اتفاقيّة البيع". فإن هلك المبيعُ موضوعُ الاتّفاقيّة قبل إنجاز البيع، بطلت الاتّفاقيّة، ولاشيئ على البائع، كما هو مصرّحٌ في المادّة ٨ من قانون بيع المال الإنكليزي. أمّا إذا تمّ البيعُ، فإنّ المشتريَ هو الّذي يتحمّل الخطر حسب القواعد العامّة."(١)

٣٦- التكييف الفقهيّ لاتّفاقيّة البيع

وإنّ التّكييف الفقهيّ لهذه المادّة من "قانون بيع المال" حسبَ التّفسير الّذي ذكرناه فيه احتمالان:

الاحتمال الأوّل: أنّه بيعٌ مُضافٌ إلى المستقبل، لأنّ "اتّفاقيّة البيع" تنقلبُ بيعاً بصفة تلقائيّة عند التّاريخ المحدّد، أو عند وجود الشّرطِ الموقوفِ عليه نقلُ مِلك المبيع، ولايحتاج إلى إيجاب وقبولٍ جديد. فإنّه بيعٌ مضافٌ إلى المستقبل، أو بيعٌ معلّقٌ على شرط. وسيأتي في هذا الكتاب أنّ البيعَ في الشّريعة الإسلاميّة لايقبل الإضافةَ ولا التّعليق، فهو بيعٌ باطل. ولو قلنا بأنّ البيعَ وإن وقع باطلاً ولكنّه يتمّ بطريق التّعاطي عند التّسليم والتّسلّم، فإنّه لايصحّ أيضاً، لما قدّمنا في مبحث التّعاطي أنّ التّعاطيَ إن كان مبنيّاً على بيعٍ باطل أو فاسدٍ، فإنّه لايجوز بدون متاركة البيع الباطل

(Right in personnem) وليس حقّاً عينياً (Right in rem) بمعنى أنّه لاينشئ حقّاً في البضاعة المبيعة أوالثّمن. راجع Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act, Section 4, P.85

(١) Chitty on Contracts v.2 p. 860 para 4407

www.besturdubooks.wordpress.com

والفاسد.

والاحتمال الثاني: أنّ "اتفاقيّة البيع" ليس بيعاً مضافاً أو معلّقاً، بل هو وعدٌ من الجانبين لإنجاز بيع في المستقبل. وبعبارة أخرى: فإنّ الوعد من الجانبين لا ينشأ به دين على أحدهما، بل هو التزام تبادليّ. ثمّ يتمّ البيع عند التّسليم والتّسلّم، إمّا بإيجاب وقبول من جديد، أو بالتّعاطي.

ولكلّ واحد من هذين الاحتمالين مؤيّدات. أمّا الاحتمال الأوّل، فيؤيّده أمور آتية:

١- إنّ "اتّفاقيّة البيع" تسمّى "عقداً" وليس وعداً أو مواعدةً فقط.

٢- قد صرّح القانون أنّ "اتّفاقيّة البيع" ينقلب بيعاً عند وجود الشّرط، ولايحتاج إلى إيجاب وقبول من جديد.

٣- تُعتبر "اتّفاقيّةُ البيع" مُلزِمةً للجانبين، مع أنّ الأصل في الوعود أنّها لاتكون لازمةً في القضاء.

أمّا الاحتمال الثّاني أنّه وعدٌ من الجانبين، فيتأيّد بما يأتي:

١- قد صرّحت المادّة ٥٤ من قانون "انتقال الأملاك" (Transfer of Property Act 1882) بما يأتي:

"A contract for the sale of immovable property is a contract that a sale of such property shall take place on terms settled between the parties. It does not, of itself, create any interest in or charge on such property."

"إنّ عقد البيع في مملوك غير منقول عقدٌ بأنّ بيع ذلك المملوك سوف يتمّ حسب الشّروط المتفق عليها بين الطرفين. وإنّ هذا العقد لايُنشئ بذاته حقّاً

www.besturdubooks.wordpress.com

في ذلك المملوك أو رهناً عليه."

وهذا يدلّ على أنّ "اتفاقية البيع" وإن سُمّي "عقدا" ولكنّه لا ينقل ملكاً ولا حقّاً في المبيع، ولا يُسمّى بيعاً. وإنّما هو اتّفاق الطّرفين على إنشاء بيع في المستقبل، كما يدلّ عليه لفظ "سوف يتمّ".

٢- إذا تخلّف أحدُ الطّرفين من إنجاز البيع بعد توقيعه على "اتّفاقيّة البيع"، فالقانونُ يمنحه أحد الحقّين: إمّا أن يُطالبَ الطّرف الآخر بالتّنفيذ العينيّ للبيع (Specific Performance)، وإمّا أن يُطالبه بالتّعويض عن الضّرر الّذي لحقه بسبب تخلّف الآخر (Damages). فمثلاً: اتّفق زيدٌ مع عمرو بموجب "اتّفاقيّة البيع" أنّه سينقُل إليه طنّاً من القمح بثمنٍ معيّن في تاريخ ١ من شهر يناير، ويدفعُ عمرو الثّمنَ في ذلك التّاريخ. ولمّا جاء ذلك التّاريخ، وفّر زيدٌ طنّاً من القمح ليُسلّمه إلى عمرو، وطلب منه تسلّمه ودفعَ ثمنه، ولكنّ عمرواً امتنع من قبول القمح ودفعِ الثّمن، أو عرض عمروٌ الثّمن على زيد، وامتنع زيدٌ من تسليم القمح المبيع. فلو رُفع الأمر إلى القضاء، فإنّ القاضيَ عنده خياران:

الخيارُ الأوّل لحماية الطّرف المتضرّر بتخلّف الآخر: أن يأمر القاضي المتخلّف بدفع التّعويض عن الضّرر الّذي أصاب الطّرف الآخر بسبب تخلّفه. جاء في المادّة ٥٧ من "قانون بيع المال":

> Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may sue the seller for damages for non delivery.

يعني: "إذا قصّر أو أبى البائع بغير حقّ أن يُسلّم البضاعة (موضوع اتفاقيّة

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع) إلى المشتري، فإنّ المشتريَ يحقّ له أن يتقاضى البائعَ في المحكمة بدفع التعويض عن عدم التسليم."

والتّعويضُ عن الضّرر في القوانين على قسمين: الأوّل: ما يُسمّى: "التعويض المقدّر" (Liquidated Damages) والمراد منه أنّ العاقدَين يتّفقان في العقد على مبلغ معيّنٍ يدفعه الطّرف المتخلّف إلى الطّرف المتضرّر نظير الإخلال بمقتضيات العقد، أو يُعيّن قانونٌ مبلغاً معلوماً للتّعويض.[1] والقسم الثّاني: ما يُسمّى: "التّعويضُ غيرُ المقدّر" (Unliquidated Damages) أو "التّعويض عن الضّرر الفعليّ" (Actual Damages) والمراد منه أنّ الطّرف المتخلّف عن إنجاز البيع يتحمّل الضّرر الماليّ الّذي أصابه فعلاً. وقد ذكر في قانون بيع المال الإنكليزيّ أنّه يُحاسبُ على أساس الفرق بين الثّمن المتّفق عليه وبين القيمة السّوقيّة لذلك المبيع. فإن كان التخلّف من المشتري بحيثُ امتنع عن دفع الثّمن وقبول البضاعة في التّاريخ المحدّد، وكانت القيمةُ السّوقيّةُ في ذلك التّاريخ أقلّ من الثّمن المتّفق عليه في الاتّفاقيّة، فالفرق بينهما هو مقدار الضّرر الفعليّ الّذي أصاب البائع. فيَلزم المشتري بدفع هذا الفرق إلى البائع. وإن كان المتخلّف هو البائع، بأنّه امتنع عن تسليم المبيع في التّاريخ المحدّد، وكانت القيمةُ السّوقيّةُ للمبيع في ذلك التّاريخ أكثر من الثّمن المتّفق عليه، فإنّ الفرق بينهما هو الضّرر الفعليّ الّذي أصاب المشتري، فيَلزم البائع بدفع هذا الفرق إلى المشتري.[2]

---

(١) Chitty: On Contracts, Chapter 26, Para 1556

(٢) The English Sale of Goods Act, Sections 50 &51 as quoted by Pollock & Mulla, Section 56.

www.besturdubooks.wordpress.com

والخيارُ الثَّاني لحماية الطَّرف المتضرِّر بتخلّف الآخر: أن يأمره القاضي بإنجاز البيع، ودفع الثَّمن إن كان المتخلِّف مشترياً، وتسليم المبيع إن كان بائعاً. ويُسمَّى: "التَّنفيذ العينيّ Specific Performance "[1] ولاستخدام هذا الخيار الثَّاني شروطٌ مدوّنة في قانون مستقلٍّ يُسمَّى Specific Relief Act وقد ذكر في المادّة ١٢ من هذا القانون أنَّ القاضيَ يلجأ إلى هذا الخيار عموماً إذا تعذَّر أو أشكل تعيينُ مبلغ التَّعويض. ولذلك ذكر هذا الخيار في قانون بيع المال بعد المادّة ٥٧ في مادّة مستقلّة برقم ٥٨ جعلت هذا الخيار تابعاً للقانون المذكور، وذلك أيضاً إذا رأى القاضي ذلك مناسباً. وجاء في تفسير كلمة "التَّنفيذ العينيّ" (Specific Performance) في معجم قانونيّ:

"The actual accomplishment of a contract by a party bound to fufil it. The doctrine of specific performance is that, where damages would be an inadequate compensation for the breach of an agreement, the contractor or vendor will be compelled to perform specifically what he has agreed to do."[2]

يعني: "الإنجاز الفعليّ لعقدٍ من قبل الطَّرف المُلزَم بفعل ذلك. ومعنى نظريّة "التَّنفيذ العينيّ" (Specific Performance) أنَّ في الحالات الَّتي يكون فيها التَّعويضُ غيرَ كافٍ لجبر الضَّرر الحاصل من التَّخلف عن العقد، فإنَّ العاقد أو البائع يُجبر على إنجازٍ فعليٍّ كان قد وافق على فعله."

---

(١) هذه ترجمة عربيّة للاصطلاح الإنكليزي Specific Performance وقد تترجم باصطلاح "تنفيذ كامل لعقد" وأحياناً بـ "الوفاء التّعييني بالتّعهد"

(٢) Black's Law Dictionary, "Performance" p.1024

www.besturdubooks.wordpress.com

فكأنَ الأصلَ في حالة التّخلّف هو خيارُ التّعويض، وإنّما يُلجأ إلى إنجاز البيع في حالاتٍ خاصّة.

وإنّ مقتضى هذه الأحكام أنّ "اتّفاقيّة البيع" لم تكن بيعاً، فإنّها إن اعتُبرت بيعاً مضافاً أو معلّقاً، لما كان هناك خيارٌ آخرُ سوى التّسليم والتّسلّم، ولما قُدّم التّعويض على الإنجاز الفعليّ.

٣- حينما يذكر القانونُ هذا الخيارَ الثّاني (يعني التّنفيذ العينيّ)، فإنّه يُطلق عليه كلمات "نقل الملك"(conveyance) و"تنفيذ العقد"(Performance of the Contract) و"إكمال البيع" (Completion of the sale) (١) وإنّ كلمة Performance (الّتي ترجمناها بالتّنفيذ) عرّفها معجم قانونيّ معروف بما يأتي:

"The fulfillment or accomplishment of a promise, contract, or other obligation according to its terms."(2)

يعني: "الوفاء أو الإنجاز لوعد، أو لعقد، أو لواجب آخر حسب شروطه."

وهذا يدلّ على أنّ البيعَ كان لم يتمّ بعد، واتّفاقيّةُ البيع كان وعداً من الجانبين. أمّا ما جاء في المادّة ٤- ٤ من "قانون بيع المال" (Sale of Goods Act ١٩٣٠) من أنّ اتّفاقيّةَ البيع تنقلب إلى البيع تلقائيّاً في الموعد المذكور في الاتّفاقيّة، فمحملُه إذا وقع التّسليمُ والتّسلّم حسبَ شروط الاتفاقيّة، فلا يحتاجُ إلى إيجاب وقبول مستأنف، بل ينعقد البيعُ بالتّسليم والتّسلّم، أو بالتّعاطي، لو استخدمنا المصطلح الفقهيّ. أمّا إذا لم يقع التّسليم أو التّسلّم، فلا تنقلبُ "اتفاقيّةُ البيع" إلى بيع منعقد.

(١) أنظر أمثلة المادّة ١٢ من Specific Relief Act 1877

(٢) Black's Law Dictionary, "Performance" p.1024

www.besturdubooks.wordpress.com

وبناءً على هذا، يظهر أنّ "اتّفاقية البيع" لاتعدُو من أن تكون مواعدةً من الجانبين لإنشاء بيع في المستقبل. ومجرّدُ إطلاق كلمة "العقد" على الاتّفاقية لايعني أنّه بيعٌ ناجز، لأنّه في معنى المواعدة الملزمة على الطّرفين. وقد يُقال إنّ المواعدةَ متى كانت ملزمةً للطّرفين، بحيثُ يُجبر الممتنع على تنفيذ البيع عن طريق القضاء أو تحمّل التّعويض، فإنّه صار مثلَ العقد المعلّق، فالجواب: أنّ الأمرَ ليس كذلك. لأنّه لوكان عقداً معلّقاً، لتمّ العقدُ عند وجود الشّرط الّذي عُلّق عليه العقد، وانتقل به ملكُ المبيع إلى المشتري فورَ وجود الشّرط، ولم يكن هناك خيارٌ للبائع إلاّ تسليمَ المبيع. مع أنّ الحكمَ في القانون الوضعيّ أنّ الأصلَ في هذه الصّورة التّعويض، إن لم يفِ البائع بتنفيذ العقد.

وقد وردت مادّتان في قانون بيع المال (النافذ في باكستان والهند) المبنيّ على القانون الإنكليزيّ العامّ تتحدثّان عن البيع المعلّق بصفة خاصّة. الأولى: مادّة ٤. ٢ وهي مايلي:

"A contract of sale may be absolute or conditional"

يعني: "إنّ عقدَ البيع يجوز أن يكون باتّاً أو معلّقاً على شرط."

"There may be a contract for the sale of goods the acquisition of which by the seller depends upon a contingency which may or may not happen."(1)

"يمكن أن يكون هناك عقدٌ لبيع بضاعة يتوقّف حصولها للبائع على شرطٍ موهومٍ يحتمل أن يوجد أو لايوجد."

---

(1) Sale of Goods Act 1930 Section 6 (2)

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد صرّح شرّاح هذا القانون أنّ هذه المادّة تُجيز عقداً يتّفق فيه الطّرفان أنّ المشتري يدفع الثّمن إلى البائع في كلّ حال، سواءٌ وُجد الشّرط أو لم يوجد. وفي تعليل ذلك جاء في القرارات القضائيّة تحت هذه المادّة:

"In view of the plain language of section 4 (2) and 6 (2) of the Act, and the buyer may have to pay in any event, for 'a man may buy the chance of obtaining goods' and 'if a man should be foolish enough to make a purchase of a chance, he must perhaps abide by the consequence of his rashness.'"[1]

"ولكنّ الموقف الآخر راجحٌ بالنّظر إلى العبارة الصّريحة في المادّة ٤، ٢ و٦، ٢ للقانون، وأنّه يُمكن أن يكونَ المشتري يُلزَم بدفع الثّمن في أيّ حال، لأنّه يجوز أن يكون شخصٌ يشتري مجرّدَ فُرصة للحصول على البضاعة، وأنّه لو كان شخصٌ أحمقَ إلى حدٍّ أن يشتريَ فرصةً فقط، فلعلّه يجب عليه أن يفيَ بعهده بتحمّل نتائج استهتاره."

ويتبيّن ممّا ذكرنا أنّ اتّفاقيّةَ البيع حسب هذا القانون، وإن لم يكن بيعاً معلّقاً في عامّة الأحوال، ولكن يُمكن أن يكون عقداً معلّقاً على شرطٍ، إن اشتُرط على المشتري أنّه سوف يؤدّي الثّمنَ بكلّ حال. وفي هذه الحالة يُمكن أن ينتقل ملكُ المبيع إلى المشتري بمجرّد وجود الشّرط، وكذلك يُمكن أن يلزمَ المشتريَ الثّمنُ بمجرّد العقد، ولو لم يتسلّم المبيعَ عند فقدان الشّرط الّذي عُلّق عليه البيع.

وكذلك يُمكن أن تكون اتّفاقيّةُ البيع مواعدةً لإنشاء بيعٍ في المستقبل، كما ذكرنا.

---

(1) Pollock & Mulla, Eighth edition p. 98

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى ضوء ما ذكرنا في الحكم الشّرعيّ في مبحث الوعد والمواعدة، فإنّ اتّفاقيّة البيع الّذي أنجز حسب القانون فيه نظرٌ من عدّة وجوه:

الأوّل: يُمكن حسب القانون أن يكونَ البيعُ معلّقاً على شرطٍ. وفي هذه الحالة يُمكن حسب القانون الّذي فصّلناه أن ينتقل ملكُ المبيع إلى المشتري بمجرّد وجود الشّرط، وكذلك يُمكنُ أن يَلزمَ المشتريَ الثّمنُ بمجرّد العقد، ولو لم يتسلّم المبيعَ عند فقدان الشّرط الّذي عُلّق عليه البيع. وهذا ممنوعٌ شرعاً، لأنّ العقدَ في الحالتين معلّقٌ وتعليق البيع على شرطٍ لايجوز، فإنّ الشّرع يُراعي حقّ الجانبين، ولو كان أحدهما أحمقَ إلى حدّ أن يرضى بشراء فرصة فقط، لأنّ ذلك يؤدّي إلى القمار، ولا يبقى بيعاً.

الثّاني: إن كانت الاتّفاقيّةُ مواعدةً لإنجاز البيع في تاريخ لاحق، أو عند وجود بعض الشّروط، فإنّ هذه المواعدةَ مُلزمةٌ للطّرفين. وقد ذكرنا أنّ الأصل في الوعد أنّه ليس مُلزماً في القضاء. ولكن يجوز جعلُه مُلزماً عند حاجة تجاريّة حقيقيّة. فإن دعت الحاجةُ إلى ذلك في الحالات الّتي ذكرناها في مبحث الوعد، جاز.

الثّالث: البيعُ ينعقد حسب القانون تلقائيّاً في ذلك التّاريخ، أو عند وجود الشّرط الّذي اتّفق عليه في الاتّفاقيّة، ولا يحتاج إلى إيجاب وقبول. ولا يجوز ذلك شرعاً، بل يجبُ أن يكون هناك إيجابٌ وقبولٌ من جديد، أو ما يقوم مقامهما من التّعاطي.

الرّابع: أنّه لو تخلّف أحد الطّرفين عن التزامه في الاتّفاقيّة، فإنّ القانون يفرضُ عليه تعويضاً للجانب المتضرّر. فإن كان هذا "تعويضاً مقدّراً" (Liquidated Damages) بمعنى أنّ الطّرفين اتّفقا على مبلغه عند التّوقيع على الاتّفاقيّة، فإنّه لايجوز شرعاً، لأنّه

www.besturdubooks.wordpress.com

لايُعرف عند الاتّفاقيّة مقدارُ الضّرر الّذي يُصيبُ الطّرف الآخر بسبب التّخلّف. وأمّا إن كان "تعويضاً عن الضّرر الفعليّ" (Unliquidated Damages) فإنّ ما يفرضه القانونُ هو الفرق بين الثّمن المتّفق عليه في الاتّفاقيّة وبين سعر السّوق في جميع الأحوال، سواءٌ أخسر به الطّرف الآخر بذلك المقدار أم لا. فلو التزم زيدٌ في الاتّفاقيّة ببيع طنّ من القمح بألف دولار إلى عمرو. وتخلّف عمروٌ المشتري يوم إنجاز البيع عن أداء الثّمن وتسلّم القمح، وصار سعرُ القمح تسعمائة دولار، فإنّ القانون يفرضُ على عمرو أن يدفع إلى زيد مائةَ دولار في كلّ حال على كونه مقدارَ الضّرر الفعليّ، بفرض أنّه سيبيعه في السّوق بتسعمائة، فيخسر مائة.

ولكن يُمكن أن يكون زيدٌ لم يخسر فعلاً، بأن كان اشتراه بثمانمائة، فباعه في السّوق بتسعمائة، فربح مائةً، أو بأن وجد مشترياً اشتراه بألف، أو بأن ازدادت قيمتُه إلى ألف في اليوم الآتي بعد التّاريخ المحدّد. والّذي أجازه العلماء المعاصرون عند الحاجة في جعل الوعد ملزماً أن يتحمّل الخسارة الفعليّة الّتي أصاب الطّرفَ الآخر بسبب التّخلّف، وهو أن يضطرّ إلى البيع في السّوق بسعرٍ أقلّ من تكلفته، بأن يذهب إلى السّوق ويبيع القمح، فيخسَر فيه، بمعنى أنّه كان اشتراه بتسعمائة، ولم يجد مَن يشتريه إلاّ بثمانمائة، فخسر مائة.

ولذلك صرّحوا بأنّه لا عبرةَ عند تحديد التّعويض بما يُسمّى "الفرصة الضّائعة" (Opportunity Cost) والمراد من اعتبار الفُرصة الضّائعة أنّ المتخلّفَ فوّت عليه فرصةَ الاسترباح، فيجبُ عليه أن يدفع إليه الرّبحَ الّذي كان يتوقّعه بتنفيذ الوعد. ومعنى عدم اعتبار "الفرصة الضّائعة" أنّه لايجوز أن يُطالِبَ المتخلّفَ بالتّعويض إن حصل على تكلفته ببيع بضاعته في السُّوق فعلاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

فإن استُخدمت اتّفاقيّةُ البيع حسب القانون السّائد، فلا بدّ من مراعاة هذه الأمور، وهيَ تتلخّص فيما يلي:

١- يجوز أن تكون الاتّفاقيّةُ البيعَ بنقل الملك فوراً.

٢- يجوز أن تكون الاتّفاقيّةُ مواعدةً لإنجاز البيع في مستقبل.

٣- إن كان مواعدةً، فلابُدّ من أن يُعقَد البيعُ في المستقبل بإيجاب وقبول من جديد، أو بما يقوم مقامهما من التّعاطي، ولا ينعقد البيعُ تلقائياً في التّاريخ المحدّد في الاتّفاقية.

٤- لايجوز أن يُحمّل المتخلّف عن الوعد تعويضاً إلاّ بمقدار الخسارة الفعليّة التي أصيب به الطّرفُ الآخر مثل أن يضطرّ البائعُ إلى بيع المبيع بأقلّ من سعر تكلفته. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٧–العربون وأحكامه

العَرَبُونُ والعُرْبان: بيعٌ فسّره ابن منظور بقوله: "هو أن يشتريَ السّلعة ويدفعَ إلى صاحبها شيئاً على أنّه إن أمضى البيع حُسِب من الثّمن، وإن لم يُمضِ البيع، كان لصاحب السّلعة، ولم يرتجعه المشتري"[1]. وهو مصدرٌ لعقدٍ مثل هذا البيع، وقد يُطلق "العربون" على المبلغ المدفوع إلى البائع تسميةً للمفعول باسم المصدر.

وقال ابن قدامة: "والعربون في البيع: هو أن يشتريَ السّلعة، فيدفع إلى البائع

---

(١) لسان العرب ١: ٥٩٢

www.besturdubooks.wordpress.com

درهماً أو غيرَه على أنّه إن أخذ السّلعة، احتُسب به من الثّمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع."(١)

ويتبيّن من تعريف "بيع العربون" أنّه بيعٌ يثبت فيه الخيارُ للمشترى، فإذا أمضى البيع، اعتُبر مبلغُ العربون جزءاً من الثّمن، وإن ردّ البيعَ، كان مبلغُ العربون للمالك. فهو نوعٌ من خيار الشّرط للمشتري يقابلُه شيئٌ من المال في حالة ردّ البيع فقط. أمّا البائع، فلا خيارَ له. والقائلون بجواز هذا البيع لم يحدّدوا الخيارَ بزمن، فالظاهرُ أنّ تحديده بيد المتبايعين.

واختلف الفقهاء في جواز العربون. فقال الحنفيّة والمالكيّة والشّافعية وأبو الخطّاب من الحنابلة: إنّه غير جائز. ورُوِيَ المنعُ عن ابن عباس رضى الله عنهما والحسن البصريّ رحمه الله تعالى.(٢) وقال الإمام أحمد: إنّه جائز. ورُوى الجواز عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما، وجماعة من التّابعين، منهم مجاهد وابن سيرين و نافع بن عبد الحارث وزيد بن أسلم، رحمهم الله تعالى جميعا.

احتجّ المانعون بما أخرجه مالك في موطأه عن الثّقة عنده، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع العُربان.(٣) وبأنّ هذا

---

(١) المغني لابن قدامه ٤:٢٨٩

(٢) المصدر السابق وراجع أيضا حاشية الدسوقي ٣:٦٣ والزرقاني على مختصر خليل ٣:٨٣ لمذهب المالكية، والمجموع شرح المذهب ٩:٢٦٨ لمذهب الشافعية

(٣) أخرجه مالك في أول البيوع من الموطأ، وأخرجه أبوداود من طريقه بلاغا في البيوع، باب في العربان، رقم٣٣٥٩ من تلخيص المنذري مع معالم السنن٥: ١٤٢،وابن ماجه في التجارات رقم٢١٩٢، والبيهقي في سننه٥: ٣٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

من بيوع فيه غرر، لأنّ المشتري يضيع له مبلغُ العربون دون مقابل إذا لم ينفّذ البيع.

واحتجّ القائلون بالجواز بما أخرجه عبدالرزاق في مصنّفه عن زيدبن أسلم: أنّه سُئل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن العُربان في البيع، فأحلّه.[1]

وذكر ابن قدامة أنّ الإمام أحمد بن حنبل استدلّ فيه بما رُوي عن نافع بن عبدالحارث أنّه اشترى لعمررضي الله عنه داراً للسّجن من صفوان بن أميّة، فإن رضيَ عمر، وإلاّ فله كذا وكذا. قال الأثرم: قلت لأحمد: هل تذهب إليه؟ قال: أيّ شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه! وضعّف الحديثَ المرويّ (يعني في النّهي عن العربان) روى هذه القصّةَ الأثرمُ بإسناده.[2]

أمّا حديثُ النّهي، فقد ضعّفه الإمام أحمد رحمه الله تعالى، لأنّ مالكاً رحمه الله لم يسمّ شيخه، وقد اختلفت الرّوايات في تعيينه، فرواه البيهقيّ من طريق حبيب بن أبي حبيب عن مالك قال: حدّثني عبدالله بن عامر الأسلميّ عن عمرو بن شعيب.[3] ومُفاد هذه الرّواية أنّ مالكاً سمعه من عبد الله بن عامر الأسلميّ، وهو ضعيف ضعّفه أكثر المحدّثين.[4] وأخرجه ابن ماجه من طريق حبيب بن أبي حبيب عن عبدالله بن عامر الأسلميّ بدون واسطة الإمام مالك. وحبيب متروك كذّبوه، كما ذكر ابن عبدالبرّ في الإستذكار، ورجّح أن أستاذ مالك في هذا الحديث عبدالله بن لهيعة،[5]

---

(١) إعلاء السنن ١٤: ١٧٤

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٩

(٣) سنن البيهقي ٥: ٣٤٢

(٤) راجع تهذيب التهذيب ٥: ٢٧٥و٢٧٦

(٥) أوجز المسالك ١١: ٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وهو معروفٌ بضعفه.

أمّا حديث زيدبن أسلم الّذي يدلّ على الجواز، فإنّه ضعيفٌ أيضاً، لأنّ مداره على إبراهيم ابن أبي يحيى، وهو ضعيفٌ عند أكثر المحدثين. إلاّ أنّ الشافعيّ رحمه الله تعالى وثّقه وأكثر عنه.[1]

أمّا قصّة نافع بن عبد الحارث، فقد ذكرها البخاريّ تعليقاً[2]، قال: "واشترى نافع بن عبد الحارث داراً للسّجن بمكّة من صفوان بن أميّة على أنّ عُمر إن رضي فالبيع بيعُه، وإن لم يرضَ عمر فلصفوان أربعمائة دينار." ووصله عبد الرزّاق من طريق الثّوريّ ولفظه: "عن نافع بن عبد الحارث: اشترى من صفوان بن أميّة داراً لسجنٍ بثلاثة آلاف، فإنْ عمرُ رضيَ فالبيعُ بيعُه، وإنْ عمرُ لم يرضَ بالبيع، فلصفوان أربعمائة درهم، فأخذها عمر." وأخرجه من طريق ابن جريج، فذكر الثّمن أربعة آلاف دينار.[3] وأخرجه البيهقيّ ولفظه: "اشترى نافع بن عبد الحارث من صفوان بن أمية دار صفوان بن أميّة بأربعمائة داراً لسجن عمر بن الخطاب إن رضيها، وإن كرهها أعطى صفوانَ بن أميّة أربع مائة. قال ابن عيينة: فهو سجن الناس اليوم بمكّة."[4]

وأجاب المانعون عن هذه القصّة بطرق مختلفة. فقال ابن المنيّر رحمه الله تعالى:

"إنّ الأربعمائة دينار الّتي اشترطها نافع لصفوان كانت ثمناً للبيع. ولم تكن

---

(١) تهذيب التهذيب ١: ١٦١ وميزان الاعتدال ١: ٥٨

(٢) كتاب الاستقراض، باب الربط والحبس في الحرم

(٣) مصنف عبدالرزاق كتاب الحج، باب الكراء في الحرم ٥: ١٤٨ رقم الحديث ٩٢١٣

(٤) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب البيوع، باب ماجاء في بيع دور مكة، ٦: ٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

عربونا. والمقصود أنّ العُهدة في ثمن البيع على المشتري، وإن ذكر أنّه يشتري لغيره،لأنّه هو المباشر للعقد، فالمقصودُ أنّ نافعاً اشتراه لعمر رضي الله عنه، فإن رضيَ فالبيعُ له، وإن لم يرضَ، فالبيع لنافع نفسه."

وهذا الجواب يجري على أساس تعليق البخاريّ رحمه الله تعالى، فإنّه لم يذكر الثّمن، وإنّما ذكر أنّ لصفوان أربع مائة دينار، وعلى أساس رواية البيهقيّ المذكورة آنفا، حيثُ ذُكر أربع مائة في الموضعين. وأمّا ما رواه ابن حزم بلفظ: "اشترى داراً لسجن من صفوان بن أمية بأ ربعة آلاف، فإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مائة"[1] فأوّله المانعون بأنّ الثّمن كان أربعة آلاف درهم، وهي تساوي أربع مائة دينار اشتُرطت على نافع.

وأجاب الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى عن هذه القصّة بأنّ أربع مائة دينار كانت عوضاً عن انتفاع نافع بتلك الدّار إلى أن يأتيَ الجوابُ من عمر رضي الله عنه. وهذا التّوجيه ضعيف، فإنّه يبعُد أن تكون أربعُ مائة دينار مقابلَ الانتفاع في تلك المدّة القليلة الّتي يأتي خلالها الجواب من عمر رضي الله عنه.

والحقّ أنّ قصّة نافع بن عبدالحارث قد وقع فيها اختلافٌ فاحش فيما بين الرُّواة في تعيين الثّمن وما اشتُرط لصفوان، كما هو واضحٌ من الرّوايات الّتي ذكرناها. وكذلك تتطرّق إليها احتمالات متعدّدة. ويبدو أنّ الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى بلغته القصّةُ بما لايحتمل إلاّ أن تُعتبر أربع مائة عربوناً، أو أنّه رجّح تلك الرّوايات على غيرها. ولذلك قال: "أيّ شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه!"

---

(١) المحلى لابن حزم ٨: ١٧١

www.besturdubooks.wordpress.com

وبالجملة، فالمسئلة مجتهَدٌ فيها، وبما أنّ أغلبيّة الفقهاء على منع العربون، وقصّة نافع فيها احتمالاتٌ متعدّدة، فالقول بالمنع هوالأحوط. ولكنّ اختلافَ الفقهاء يُورث تخفيفاً عند الحاجة إلى مثل هذا التّعامل، ولاسيّما إن صدر بذلك قانونٌ من وليّ الأمر، فإنّ حُكمَ الحاكم رافعٌ للخلاف، والله سبحانه أعلم. وقد أخذ مجمع الفقه الإسلاميّ برأي الإمام أحمد رحمه الله في قراره رقم: ٧٦/ ٣/ د٨ في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيري باجوان، بروناي دار السلام، ونصّه مايلي:

١" – المراد ببيع العربون بيعُ السّلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع، على أنّه إن أخذ السّلعة احتُسب المبلغ من الثّمن وإن تركها فالمبلغ للبائع.

٢– ويجرى مجرى البيع الإجارةُ، لأنّها بيعُ المنافع. ويُستثنى من البيوع كلّ ما يشترط لصحّته قبضُ أحد البدلين في مجلس العقد (السّلم) أوقبض البدلين (مبادلة الأموال الربويّة والصّرف) ولا يجرى في المرابحة للآمر بالشراء في مرحلة المواعدة، ولكن يجرى في مرحلة البيع التّالية للمواعدة.

٣– يجوز بيعُ العربون إذا قُيّدت فترةُ الانتظار بزمنٍ محدود. ويُحتسب العربون جزءاً من الثّمن إذا تمّ الشّراء، ويكون من حقّ البائع إذا عدل المشترى عن الشّراء."[1]

أمّا جمهور الفقهاء من الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة الّذين لايجوّزون بيع العربون،

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العددالثامن، المجلد الأول، ص ٧٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّ مبلغ العربون عندهم جزءٌ من الثّمن في جميع الأحوال مع خيار الشّرط للمشتري. فإن نفّذ المشتري البيعَ، وجب عليه ما بقيَ من الثّمن. وإن فسخ البيعَ بممارسة الخيار، وجب على البائع أن يردّ إليه مبلغَ العربون.

٣٨-هامش الجدية

ويجب التّفريقُ ههنا بين العربون، وما يُسمّى في عُرفنا المعاصر "هامشَ الجدية"(Earnest Money) فإنّ أحكام العربون إنّما تتأتى في البيع المعقود المنجَز. فالبيعُ في العربون تامّ، غيرَ أنّ المشتريَ اشترط الخيارَ لنفسه. أمّا إذا لم يكن البيعُ معقوداً، والمتبايعان في مرحلة الوعد فقط، فلا يجري فيه أحكام العربون، حتّى عند الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

وقد جرت العادةُ في بعض المعاملات اليوم أنّ أحد طرفي العقد يطالبُ الآخرَ بدفع بعض المال عند الوعد بالبيع قبل إنجاز العقد، وذلك للتأكّد من جدّيّته في التّعامل. وهذا كما يشترطُ طالبُ العُروض في المناقصات (Tenders) أن يقدّم صاحبُ العَرض مبلغاً يُثبت جدّيّته في التّعامل؛ وكما جرت العادةُ في بعض البلاد أنّ المشتريَ يقدّم مَبلغاً من الثّمن إلى البائع قبل إنجاز البيع، وذلك لتأكيد وعده بالشّراء. ويُسمّى في العرف "هامش الجدّيّة"، أو "ضمان الجدّيّة" (وإن لم يكن ضماناً بالمعنى الفقهي) فهذه الدُّفعات ليست عربوناً، وإنّما هي أمانةٌ بيد البائع، تجري عليه أحكامُ الأمانات. ولا يجوز لآخذها أن يتموّلها لنفسه، ولايجوز استثمارُها إلاّ بإذن مالكها، بشرط أن يكونَ الرّبحُ له، وكذلك يجب ردُّ هذا المبلغ إليه إن لم يتمّ إنجازُ العقد معه. فلا يجوز للآخذ أن يُمسكها في هذه الحالة، حتّى في

www.besturdubooks.wordpress.com

مذهب الإمام أحمد الّذي يجوّز أن يُمسك البائعُ مبلغَ العربون إن لم ينفّذ المشتري البيع. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فأمّا إن دفع إليه قبل البيع درهماً، وقال: لاتبع هذه السّلعة لغيري، وإن لم أشترها منك، فهذا الدّرهم لك، ثمّ اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ، وحَسَبَ الدّرهم من الثّمن، صحّ، لأنّ البيع خلا عن الشّرط المفسد...وإن لم يشتر السّلعة في هذه الصّورة، لم يستحقّ البائع الدّرهم، لأنّه يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرّجوع فيه، ولايصحّ جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله، لأنّه لوكان عوضاً عن ذلك، لما جاز جعله من الثّمن في حال الشّراء، ولأنّ الانتظاربالبيع لاتجوز المعاوضة عنه."(١)

وقرّر المجلس الشرعي للمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة في هذاالموضوع مايلي:

"ولا يُعتبر هامشُ الجدّيّة عربوناً.وهذاالمبلغ المقدّم لضمان الجدّية إمّا أن يكون أمانةً للحفظ لدى المؤسّسة، فلا يجوز لهاالتّصرف فيه، أو أن يكون أمانةً للاستثمار بأن يأذن العميلُ للمؤسّسة باستثماره على أساس المضاربة الشّرعيّة بين العميل والمؤسّسة.

لا يجوز للمؤسّسة حَجْزُ مبلغ هامش الجدّيّة في حالة نُكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم. وينحصر حقّها في اقتطاع مقدار الضّرر الفعليّ المتحقّق نتيجةَ النّكول، وهو الفرقُ بين تكلفة السّلعة وثمن بيعها لغير الآمر بالشراء، ولا يشمل

---

(١) المغني لابن قدامة، مبحث العربون ٤: ٢٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

التعويض مايسمى بـالفرصة الضائعة."[1]

وقد ذكرنا فيما سبق بتفصيل أن القوانين الوضعية تفرق بين "اتفاقية البيع" (Agreement to Sell) و"البيع" (Sale) بأن "اتفاقية البيع" مواعدة من الطرفين لإنجاز البيع في وقت لاحق، ولا ينقل ملك المبيع إلى المشتري، و"البيع" عقد ينتقل به ملك المبيع إلى المشتري فوراً. وإن كانت اتفاقية البيع تنقل العقد إلى "البيع" عند حلول التاريخ المحدد فيها بصفة تلقائية، دون حاجة إلى إنشاء إيجاب وقبول من جديد، ولكن البيع غير ناجز قبل حلول ذلك التاريخ. وقد جرى العمل على أن البائع ربما يطالب المشتري بدفع مبلغ إلى البائع، ويحق للبائع إن لم ينفذ المشتري البيع في التاريخ المحدد، أن يمسك هذا المبلغ، ولا يرده إلى المشتري. وإن هذا المبلغ قد يسمى "هامش الجدية" (Earnest Money) وقد يسمى "الجزء المقدم من الثمن" أو "الأداء الجزئي" (Down Payment or part payment) أو "الضمان" (deposit)[2] والذي يظهر من تعريف هذه الاصطلاحات في القانون أن هامش الجدية ما يدفع من المشتري في مرحلة المواعدة قبل إنجاز البيع، و"الجزء المقدم من الثمن" أو "الأداء الجزئي" ما يدفع بعد إنجاز البيع. وإن كان كل منهما

---

(١) المعايير الشرعية، معيار المرابحة للآمر بالشراء بند ٢/٥/٣ و ٢/٥/٤ والمراد من الفرصة الضائعة (opportunity cost)، أن صاحب المال إن كان استثمره خلال مدة الإخفاق، فإنه كان يرجو أن يحصل على ربح معين، وهذه الفرصة قد ضاعت عليه بسبب تخلف الواعد عن وعده، فلو حمل الموعود له الواعد هذا الربح المتوقع، فإنه يعتبر ضماناً للفرصة الضائعة، وذلك لايجوز في الشريعة.

(٢) راجع Pollock And Mulla, On Sale Of Goods Act. 1930, Section 5, P. 94- 96

www.besturdubooks.wordpress.com

يُستعمل في معنى الآخر في الإطلاقات العامّة.[1] و لكن يقضي القانونُ في جميع الحالات أنّ المشتريَ إن لم يُنفّذ البيع، فإنّه يحقّ للبائع أن يُصادرَ المبلغ المدفوعَ ولا يردّه إليه.

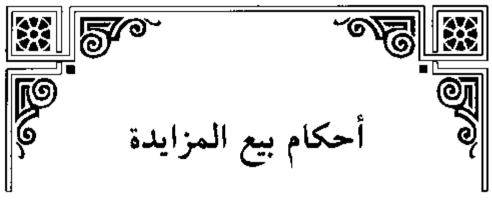
أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فلا بُدَّ من الفرق بين حالتين: الحالةُ الأولى: أن يُدفع المبلغُ مع إنجاز البيع أو بعده، ويُعتبرَ جزءً من الثّمن عند تنفيذه، ولو سُمّيَ باسم "هامش الجدّيّة"، فحُكمُه من النّاحية الفقهيّة حكمُ العربون، حيثُ يجوز عند الإمام أحمد رحمه الله تعالى أن يُصادرَ البائعُ هذا الجزء إن تخلّف المشتري عن تنفيذ البيع، ولا يجوز ذلك عند غيره.

و الحالةُ الثّانية: أن يُدفعَ المبلغُ في مرحلة المواعدة قبل إنجاز البيع، سواءٌ سُمّيَ "عربوناً" أو "الجزء المقدّم من الثّمن"، فإنّه ليس عربوناً، وإنّما حُكمُه ما ذكرناه في حُكم هامش الجدّيّة من أنّه لا يجوز عند أحد من الفقهاء الأربعة، بما فيهم الإمام أحمد رحمه الله تعالى، أن يُصادره البائع، وإن لم ينفّذ العقدَ من قِبل المشتري.

وعلى هذا، لو وقّع العاقدان على "اتّفاقيّة البيع" ولم يتمّ "البيع" بأن يكونَ إنجازه موعوداً في وقت لاحق، أو عند توافر شرطٍ من الشّروط، فإنّ ما يدفعه المشتري إلى البائع حكمُه ما ذكرنا في حكم هامش الجدّيّة ويجب ردّه إلى المشتري إن لم يُنفّذ العقد لسبب من الأسباب.

---

(1) Black's Law Dictionary. "Down Payment" and "Earnest Money"

www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام بيع المزايدة

٣٩- بيع المزايدة

(Auction)

ومن الطُرق الشائعة لعقد البيع ما يُسمّى "بيع المزايدة" أو "بيع من يزيد" أو "المزاد" ويُسمّى بالإنكليزيّة Auction وبالأرديّة "نيلام". وقدعرّفه ابن جُزيّ بقوله: "أن يُنادي على السّلعة، ويزيدَ النّاسُ فيها بعضُهم على بعض، حتّى تقفَ على آخر زائدٍ فيها، فيأخذها."[١] وقد تُسمّى المزايدة "بيع الدّلالة" و "بيع المناداة" وسمّاه بعض الفقهاء "بيع الفقراء" لوقوعه على بيع أثاثهم عند الحاجة، و "بيع من كسدت بضاعته" لوقوعه على بيع السّلع غير الرّائجة.[٢]

وإنّ لبيع المزايدة مصطلحات: فطرْحُ البائع أو وكيله شيئاً للمزايدة يُسمّى "نداء" أو "صياحاً" والثّمن الّذي يُبدي أحدُ المشاركين استعداده للشّراء به، يُسمّى "عطاءً" أو "عرضاً"، وقبول عطاء من البائع يُسمّى "رُسوّاً".

---

(١) القوانين الفقهيّة لابن جزيّ، الباب الثامن ص ٤١٥

(٢) الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، تحت مادّة "المزايدة" ٣٧: ٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com

المزايدة تُعقد عموماً بالنّداء، وعروض العطاء تُقدّم شفاهاً. وهذا الطّريق متّبعٌ حتّى الآن في الأسواق. وقد تُعقد المزايدةُ كتابةً. وطريقُها أنّ الجهة البائعة تُعلِن نوعَ المبيعات المعدّة للمزايدة مع مواصفاتها، وتعيين مكان وجودها، والأوقاتِ الّتي تُعقد فيها المزايدة، وتطلُب من الرّاغبين في الشّراء أن يُقدّموا عُروضَهم مكتوبة. فتُقدَّم العروض كتابةً في ظرفٍ مختوم، ويُحتفظ بذلك إلى اليوم المعلَن عنه لفتحها، فيفوز بالسّلعة مَن كان عرضُه أوفرَ قيمة. وهي طريقةٌ قد تأخذ بها الدّوائرُ الحكوميّة أو الشّركات في بيع الأشياء المستعملة، كالسيّارات والأثاث.

ورُويَ عن إبراهيم النّخعيّ رحمه الله تعالى كراهةُ هذا البيع، لأنّ مَن عرضَ على البائع ثمناً فإنّه يستامه على بيعها، فلو زاد أحدٌ في عَرْض ثمنه، فإنّه يستلزم السّومَ على سوم أخيه، وهو ممنوعٌ بنصّ الحديث. ورُويَ عن الأوزاعيّ، وإسحاق بن راهويه، والحسن البصريّ، ومحمّد بن سيرين أنّه يجوز في الغنائم والمواريث فقط، ولايجوز في غيرها. واستدلّوا بحديثٍ مرويّ عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما قال:

"نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن يبيع أحدُكم على بيع أحدٍ حتّى يَذَر، إلاّ الغنائم والمواريث."[1]

وجمهور الفقهاء، من الأئمّة الأربعة وغيرهم، على جواز هذا البيع، واستدلّوا في ذلك بما رُويَ عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه

---

(١) أخرجه ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطنيّ وفي إسناده الواقديّ أو ابن لهيعة، كمانبّه عليه العينيّ في عمدة القاري ٤: ٤٩٨ وأخرجه أيضاً أحمد والطّبرانيّ في الأوسط، وفيه أيضا ابن لهيعة كما في مجمع الزّوائد ٤: ٨٤ ولكن تابعه عمربن مالك عند ابن الجارود في المنتقى برقم ٥٧٠.

www.besturdubooks.wordpress.com

وسلّم باع حِلساً وقدحاً، وقال: "من يشتري هذا الحِلْس والقدح؟ فقال رجل: أخذتُهما بدرهم. فقال: مَن يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهمين، فباعهما منه"[1]

أمّا النّهي عن السّوم على سوم أخيه، فمحمله عند الجمهور بعد استقرار الثّمن، وركونِ كلٍّ واحدٍ منهما إلى الآخر، كما سيأتي تفصيله في باب البيع المكروه إن شاء الله تعالى. ولا يُسام في المزايدة إلاّ قبل استقرار الثّمن وقبل ركون البائع إلى

---

(١) أخرجه أصحاب السّنن الأربعة، وهذا لفظ التّرمذي برقم ١٢١٨ وقال: "حسن". وقد رواه أبو داود في قصّة طويلة نرى من المناسب إيرادها هنا لما اشتملت عليه من فوائد: "أنّ رجلاً من الأنصار أتى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم يسأله، فقال: "أما في بيتك شيء؟" قال: بلى، حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه من الماء، قال: "ائتني بهما". قال: فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بيده، وقال: "من يشتري هذين؟" قال رجل: أنا، آخذهما بدرهم. قال: "من يزيد على درهم مرّتين، أو ثلاثا"، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين. فأعطاهما إيّاه، وأخذ الدّرهمين وأعطاهما الأنصاريّ، وقال: "اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر قدوما فأتني به"، فأتاه به. فشدّ فيه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عوداً بيده، ثمّ قال له: "اذهب فاحتطب وبع، ولا أرينّك خمسة عشر يوما"، فذهب الرّجل يحتطب ويبيع، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم، فاشترى ببعضها ثوبا، وببعضها طعاما. فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة. إنّ المسألة لا تصلح إلاّ لثلاثة: لذي فقر مدقع، أو لذي غرم مفظع، أو لذي دم موجع." (سنن أبي داود كتاب الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة، رقم ١٦٤١) وقال الحافظ المنذريّ تحت هذا الحديث: "وأخرجه التّرمذيّ والنسائيّ وابن ماجه، وقال التّرمذيّ: هذا حديث حسن، لا نعرفه إلاّ من حديث الأخضر بن عجلان. هذا آخر كلامه. والأخضر بن عجلان: قال يحيى بن معين: صالح، وقال أبو حاتم الرّازيّ: يكتب حديثه." (مختصر سنن أبي داود، ٢: ٢٤٠) وأخرجه المقدسي في المختارة (٦: ٢٤٧، رقم ٢٢٦٥) وأحمد بن منيع في مسنده (ليراجع إتحاف الخيرة المهرة: ٣: ٤٥ رقم ٢١٤٤، ٤) بسياق أطول من هذا.

www.besturdubooks.wordpress.com

المشتري، بل قول البائع: "من يزيد؟" يدلّ على أنّه غير راضٍ بهذا الثّمن، إلاّ إذا لم يظهر من يزيد فيه، فافترقا.

وممّا يدلّ على جواز المزايدة أحاديثُ تحريم النّجْش، وهو أن يزيد الرجل في الثّمن، لا لأجل الشّراء، بل ليرغبَ فيه آخرون، كما سيأتي في باب البيع المكروه، ولايكون عموماً إلاّ في المزايدة. فظهر أنّ الممنوع في النجْش هو السّومُ الّذي قُصِد به أن يغترّ به غيرُه. فأمّا من لم يقصد أن يغُرّ غيرَه وأراد الشّراء، فلا بأس بذلك.

٤٠-الإيجاب والقبول في المزايدة

إذا نادى البائعُ أو وكيلُه على السّلعة على أساس المزايدة، وجعل الحاضرون يُقدّمون عُروضهم، فإنّ البيعَ لايتمّ إلاّ بموافقة البائع. وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء، وإن كان هناك خلافٌ في الاصطلاح، حيثُ إنّ ما يصدُر من كلّ من الحاضرين بقصد الشّراء هو إيجابٌ عند الحنفيّة، وموافقةُ البائع قبول. أمّا على اصطلاح المذاهب الثّلاثة الأخرى، فموافقةُ البائع إيجابٌ متأخّر، وما صدر من المشتري، فهو قبولٌ متقدّم. وهذا اختلاف الاصطلاح فقط، كما فصّلناه عند تعريف الإيجاب والقبول. ولكنّ المذاهب كلّها متّفقةٌ على أنّ البيعَ لا ينعقد بمجرّد طرْح المبيع في المزايدة، بل يجب أن يكون هناك موافقةٌ من البائع على أحد العروض.

٤١-هل يلزم البائع أن يقبل العطاء الأكثر؟

والظّاهر ممّا ذكره الفقهاء من أنّ تقديمَ العطاء إيجابٌ يحتاج إلى قبول البائع، وأنّ البائعَ لايلزمه أن يقبلَ أزيدَ عطاء قُدّم إليه، بل يحقّ له أن يرفُض جميعَ الأعطية، ويُمسكَ عن النّداء إذا ظهر له أنّه لم يتقدّم أحدٌ بعطاءٍ يُلائمه.

www.besturdubooks.wordpress.com

وهل يجوز للبائع أن يقبل عطاءً أقلّ بعد ما تقدّم آخرُ بعطاء أكثر؟ قد صرّح المالكيّة بجوازه له. فقال ابن رشد رحمه الله تعالى: "وهو مخيّرٌ في أن يُمضيها لمن شاء ممّن أعطى فيها ثمناً وإن كان غيرُه قد زاد عليه."[1]

ولم أجد فيه صراحةً عند الحنفيّة، ولكنّ الظاهر أنّه يَسعه ذلك، لأنّ كلّ عطاء إيجابٌ مستقلٌ عند الحنفيّة، وللبائع أن يقبل منها ما شاء. ولكن ذكر الحنفيّة أنّ البائعَ إن كفّ عن النّداء بعد ما تقدّم أحدٌ بعطاء، وركَن إليه، فلا يجوز لآخرَ أن يزيد على ثمنه، فإنّه بعد ركون البائع يدخُل في النّهي عن السّوم على سوم أخيه. ولو كان المنادي دلالاً للبائع، وطلبها إنسانٌ بثمن، فقال الدلاّل: "حتّى أسأل المالك" فلابأس للغير أن يزيدَ بعد ذلك في هذه الحالة. فإن أخبر الدلاّلُ المالك، فقال: بِعْه بذلك، واقبض الثّمن، فليس لأحدٍ أن يزيد بعد ذلك. وهذا استيامٌ على سوم الغير.[2]

وهذه المسئلة تدلّ على أنّ للبائع عند الحنفيّة أن يقبل عطاءً أقلّ.

والقانون الإنكليزيّ في أصله موافقٌ لهذا المبدأ، كما يظهر من المادّة ٢– ٦٤ من "قانون بيع المال" (Sale of Goods Act) ولكن صدرت بعض قرارات المحكمة الإنكليزيّة بأنّ من أعلن المزايدة، فإنّه قد ألزم نفسه مبدئياً أنّ من يُقدّم العطاء الأعلى، يكون مشترياً للبضاعة المعروضة. وليس حاصلُ هذا القرار أنّ البيع ينعقد بمجرّد عَرْض العطاء الأعلى، بل حاصلُه أنّ مَن أعلن المزاد فإنّه وَعَد بالبيع لمن يُقدّم أعلى عطاء، ويُمكن أن يُلزَم بوعده. وقد صدرت بعضُ القرارات

(١) البيان والتّحصيل لابن رشد ٨: ٤٧٥ و٤٧٦

(٢) المحيط البرهانيّ ٨: ١٠٢ و١٠٣ كتاب الكراهية والاستحسان، فصل ٧ والفتاوى الهنديّة ٣: ٢١٠ و٢١١

www.besturdubooks.wordpress.com

على أنّ من يُعلن المزايدة على أملاكٍ حكوميّة، فإنّه مُلزَمٌ بأن يبيع السّلعة المعروضة للمزاد إلى من يُقدّم أعلى عطاء. ولكنّ نصّ القانون وقراراتِ المحاكم على أنّ البائعَ لو احتفظ بحقّه في الإعلان، فإنّه لايلزمه العطاءُ الأعلى في حالٍ من الأحوال.[1]

وبالجملة، فإنّ القانون الإنكليزيّ يتّفق مع الفقه الإسلاميّ في أنّ البيع لايتمّ إلاّ بموافقة البائع، غير أنّ بعض قراراتِ المحاكم جعلت إعلانَ المزايدة وعداً معنوياً بأنّ البيع يُعقّد مع من يُقدّم العطاء الأعلى.

أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فإنّ ما ذكرنا في مبحث الوعد ينطبق ههنا أيضاً، وهو أنّ الوعدَ في الأصل غيرُ ملزم للواعد قضاءً، ولكن يجوز جعله ملزماً لحاجة حقيقيّة، وذلك بأن يصدُر أمرٌ من وليّ الأمر بلزوم ذلك الوعد، إذا رأى فيه مصلحةً للجانبين.

٤٢–هل يلزم المشاركين العطاء الّذي تقدّموا به؟

أمّا بالنّسبة للمشاركين، فهل يلزمُ كلٌّ من تقدّم بعطاءٍ أن يشتريَ به إن وافق البائعُ على عطاءه؟ لم أجد فيه صراحةً في مذهب الحنفيّة، ولكن مقتضى قواعدهم أنّه يلزمه ذلك ما دام المجلس قائماً، كما هو الحكمُ في خيار القبول في البيوع العاديّة. وكذلك مقتضى أصلهم أنّه يحقّ له الرّجوعُ عن إيجابه قبل أن يصدُر القبول من البائع أو يرسوَ عليه العطاء.

أمّا المالكيّة، فقد مرّ في مبحث الإيجاب والقبول عن ابن رشد قال: "لو رجع أحدٌ

(١) Pollock & Mulla on Sale of Goods Act p. 464, Section 64, sub- section 2

www.besturdubooks.wordpress.com

المتبايعين عمّا أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول." وقد ذكرنا عن الحطّاب أنّ مذهب المالكيّة جار على هذا.[1] ولكنّ الإيجاب في البيوع العاديّة يسقط بانقضاء المجلس إن لم يصادفه القبول. أمّا في المزايدة، فقد ذكر المالكيّةُ أولاً أنّ جميعَ المشاركين في المزايدة يلزمهم ما تقدّموا به من عطاء إن ألزم البائعُ أحدَهما، ولو كان عطاؤه أقلَّ من الآخر. ثمّ ذكروا أيضاً أنّ خيارَ البائع يمتدّ إلى ما بعد المجلس. فقال ابن رشد الجدّ رحمه الله تعالى لبيان النّقطة الأولى:

"والحكم فيه أنّ كلّ من زاد في السّلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبُها أن يُمضيها له بما أعطى فيها، ما لم يستردّ سلعته، فيبيع بعدها أخرى، أو يُمسكها حتّى ينقضي مجلسُ المناداة. وهو مخيّرٌ في أن يُمضيها لمن شاء ممّن أعطى فيها ثمناً، وإن كان غيرُه قد زاد عليه."[2]

والنّقطة الثانية أنّ هذا اللّزوم يبقى إلى مابعد المجلس أيضاً، ويجوز للبائع أن يُلزم أحدَ المشاركين بالشّراء ولو طال الزّمان. ذكرها الدّسوقيّ رحمه الله تعالى، فقال:

"وللبائع إلزامُ المشتري في المزايدة ولو طال الزّمان، أو انفضّ المجلس، حيثُ لم يجرِ العُرف بعدم إلزامه، كما عندنا بمصر من أنّ الرّجل إذا زاد في السّلعة وأعرض عنه صاحبُها، أو انفضّ المجلس، فإنّه لايُلزمه بها. وهذا ما لم تكن السّلعةُ بيد ذلك المشتري، وإلاّ كان لربّها إلزامه بها."[3]

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٤١

(٢) البيان والتّحصيل لابن رشد ٨: ٤٧٥ و٤٧٦

(٣) حاشية الدّسوقيّ على شرح مختصر خليل ٣: ٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وحاصل كلام الدسوقيّ رحمه الله تعالى أنّ الأصلَ كونُ الشّراء لازماً على من تقدّم بعطاء، ويستمرّ اللّزوم إلى ما بعد المجلس. وبهذا يفترق بيعُ المزايدة عن البيوع العاديّة الّتي لايلزم فيها البيعُ بعد انقضاء المجلس. ويُستثني من اللّزوم بعد المجلس في المزايدة ما إذا كان عُرفُ البلد عدمَ اللّزوم، أو اشترط مقدّم العرض ذلك عند تقديم عَرضه. ولكن يظهر ممّا ذكره الحطّاب عن المازريّ أنّ اللّزوم مبنيٌّ على العُرف، فلا يجوز للبائع أن يُلزم المشتريَ بالشّراء بعد انقضاء المجلس إلاّ إذا كان العُرف في ذلك البلد بالإلزام. قال المازريّ رحمه الله تعالى: "لا وجه للتّفرقة (يعني بين المزايدة وبين البيوع العاديّة الّتي لاتلزم بعد المجلس) إلاّ الرّجوع للعوائد." ثمّ قال المازريّ رحمه الله تعالى:

"ولو شرط المشتري إنّما يلتزم الشّراء في الحال قبل المفارقة، أو شرط البائع لزومه له، أو أنّه بالخيار في أن يعرضها على غيره أمداً معلوماً، او في حكم معلوم، لزم الحكمُ بالشّرط في بيع المساومة والمزايدة اتفاقاً، وإنّما افترقا للعادة حسبما علّل به ابن حبيب الفرق بينهما."[1]

وقدّمنا في مبحث الإيجاب والقبول أنّ الرّاجح موقف الجمهور في أنّ الموجب له الحقّ في الرّجوع عن إيجابه مالم يقبله الطّرف الآخر. فينبغي أن يُطبّق ذلك في المزايدة أيضاً.

٤٣– المزايدة مع الاحتفاظ

إنّ القانون الوضعيَ الإنكليزيّ يُعطي البائعَ الحقَّ أن يُعلِن قبل بداية نداء المزايدة أنّه

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

سيكون من جملة مقدّمي العُروض، بمعنى أنّه يُقدّم عرضَه إذا شاء، ليكون هو المشتري. وتُسمّى المزايدةُ حينئذٍ "المزايدة مع الاحتفاظ" (Auction With Reserve) فلو فعل ذلك جاز له إن رأى أنّ العُروض التي قُدّمت لم تبلُغ إلى ما يُريد من الثّمن، فإنّه يتقدّم بنفسه بعَرض أكثر، ويشتري البضاعة لنفسه، ليبيعها مرّةً أخرى بثمن زائد.[1]

فهل يجوز مثلُ هذا الاحتفاظ شرعاً؟ والجواب فيما يظهر أنّ الإنسان لايمكن أن يشتري بضاعتَه من نفسه. فحاصلُ هذا الاحتفاظ لايعدُو من أن يكون إعلاناً من قبله أنّ له أن يرفُض جميعَ الأعطية المعروضة، ويُمسِكَ عن بيعه، ويحتفظَ بالسّلعة لنفسه، ليتمكّن بعده ببيعه بثمنٍ أكثر. وقدّمنا فيما سبق أنّ له ذلك. ولعلّ ذلك لايختلف حكمُه عمّا إذا حدّد البائعُ سعراً أقلّ بمعنى أنّه لايبيع إلاّ بما زاد على ذلك، وهذا جائزٌ شرعاً.

(1) Sale of Goods Act 1930, Section 64, (4) & (6) with commentary of Pollock & Mulla, p.466 cf Contract Act 1872 Section 123

www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام المناقصة

٤٤ـ المناقصة

(Reverse Auction)

المناقصةُ (Reverse Auction) اصطلاحٌ حادثٌ لطريقةٍ تتبعها جهاتٌ تُريد شراءَ سلعٍ أو خدماتٍ بأقلِّ ما يُعرض عليهم من سعرٍ. وقد عرّفه قرارٌ لمجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ بما يأتي:

"المناقصة: طلبُ الوصول إلى أرخصِ عطاءٍ لشراء سلعةٍ أو خدمةٍ تقوم فيها الجهةُ الطّالبة لها بدعوة الرّاغبين إلى تقديمِ عطاآتهم وفق شروطٍ ومواصفاتٍ محدّدة." (١)

وهو في حقيقته عكسُ المزايدة. فالمزايدةُ يُجريها البائعون الّذين يُريدون أن يعقدوا البيع بأكثر ما يُعرض عليهم من ثمن، فيطلبون العروض من المشترين. والمناقصةُ يُجريها الرّاغبون في الشّراء، ويطلبون العروض من الرّاغبين في البيع، ويُرسون العطاءَ على من يتقدّم إليهم بأقلّ الأسعار. والكلام في مشروعيّة هذه العمليّة مثلُ الكلام الّذي

---

(١) قرار المجمع رقم ١٠٧(١ - ١٢) مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر

www.besturdubooks.wordpress.com

سبق في المزايدة. وإنّ المناقصة، وإن لم يجر لها ذكرٌ في كتب الفقه، ولكن يُمكن قياسه على المزايدة، لأنّه لافارقَ بينهما من حيثُ المبدأ، فإنّ العُروض تُقدَّم فيها كما تُقدَّم في المزايدة. وكونُها سوماً على سوم الآخر قد مرّ الجواب عنه في المزايدة.

ولكنّ المناقصة عادةً إنّما تجرى في حاجات المشاريع الكبيرة من التّجارة والصّناعة. فكانت المزايدةُ يُمارسها الفقراء، حتّى سُمّيت "بيع المفاليس". أمّا المناقصة، فإنّها تجرى بين جهاتٍ تجاريّة أو صناعيّة ثريّة بمبالغَ باهضة. وإنّما تجرى بطريقةٍ مكتوبة أكثر انضباطاً ودقّة.

والطّريقة المتّبعة لإجراء المناقصة أنّ الجهةَ الّتي تُريد أن تعقد مع مقاولٍ لبناء عمارة مثلاً، وتُريد أن يتقدّم إليها المقاولون بعُروضٍ مختلفة، فإنّها تدوّن تفاصيلَ البناء ومواصفاتِه وشروطَ العقد في دفتر، ثمّ تدعو المقاولين إلى المناقصة عن طريق الإعلان في الجرائد أو الصُّحف، ويحدّد في الإعلان العملُ وبعضُ تفاصيله. أمّا دفتر الشّروط الّذي يحتوي على تفاصيلِ العمل بكاملها، وعلى الشّروط الأخرى للعقد، فإنّما يُعطى للمشاركين في المناقصة بثمنٍ يُحدّد في الإعلان المنشور في الجرائد أو الصّحف، كما أنّ الإعلانَ يُحدّد آخرَ موعدٍ لتقديم العروض، وتاريخَ فضّ العروض، وفي بعض الحالات يطالَب المقاولون بتقديم ضمان ابتدائيّ يُنبئ عن جدّيّتهم في تقديم العرض.

وعلى أساس هذا الإعلان يتقدّم المقاولون بعروضهم في ظروفٍ مختومة مع مبلغ الضّمان الابتدائيّ، ثمّ إنّ الجهة الطّالبةَ للمناقصة تفتح الظّروف المختومةَ في موعدٍ محدّد بحضور المشاركين في المناقصة أو ممثّليهم، ويُعلَن اسمُ كلّ صاحب عرض، وسعرُ عرضه، ويُسجّل، ثمّ يتمّ فحصُ العروض للتّأكّد من توافر الشّروط وموافقة

www.besturdubooks.wordpress.com

العروض للمواصفات المطلوبة، وموافقتها للإجراءات القانونيّة. ثمّ تختار الجهةُ الطّالبةُ للمناقصة العَرْض الأقلَّ سعراً، إلّا إذا كان ذلك السّعر - بالرّغم من كونه أقلّ بالنّسبة لسائر العروض - أغلى بالنّسبة إلى سعر السّوق. فحينئذٍ تُفاوِض الجهةُ الطّالبة مع صاحب العرض الأقلّ لتخفيض سعره ليكون موافقاً لسعر السّوق.

وكذلك إذا تساوتْ بعضُ العُروض في أسعارها، ربّما يلجأ إلى إجراء مفاوضة علَنيّة بين أصحاب هذه العروض لاختيار الأصلح، أو يُقسّم العملُ بينهم حسبما تقتضيه مصلحةُ الجهة الطّالبة. وبعد هذه الإجراءات يُرسَى العطاء لمن قُبِل عرضُه.

ومثل هذه الإجراءات تُتّخذ أيضاً في المناقصات الّتي تُطلب فيها عقود التّوريد. فإعلانُ طلب المناقصة يحتوي على مواصفات الأشياء المطلوبة وكمّيّاتها، ويتقدّم التّجارُ بعُروضهم لبيع هذه الأشياء ويُرسَى العطاء لأقلّها سعراً بالطّريقة الّتي ذكرناها في المقاولة سواءً بسواء.

وإنّ في البلاد المختلفة قوانينَ مختلفةً تخضع لها المناقصات، وإجراءاتٌ لا داعيَ لذكر تفاصيلها هنا. لأنّها أمورٌ إداريّةٌ لا يتعلّق بها حكمٌ فقهيٌ، ولكنّ المسائل الفقهيّة المتعلّقة بالمناقصات قريبةٌ ممّا ذكرناها في المزايدة.

فلو كانت المناقصةُ لعقدٍ يجوز إنجازه على الفور شرعاً، مثل عقد البيع للمبيعات الموجودة عند البائع، أو عقد الإجارة، أوعقد الاستصناع، تنطبق عليها جميعُ الأحكام الّتي ذكرنا ها في المزايدة. ولكنّ المناقصة كثيراً مّا تقع على اتّفاقيّات التّوريد. وإنّها تختلف عن المزايدة في أنّ البيع في المزايدات يتمّ في مجلس العقد بالإيجاب والقبول كما أسلفنا. أمّا اتّفاقيّاتُ التّوريد، فقد ذكرنا فيما سبق أنّها ليست

www.besturdubooks.wordpress.com

من قبيل البيع النّاجز، وإنّما هى مواعدةٌ بين الطّرفين لإنشاء بيعٍ فى تاريخ لاحق. فليس هناك إيجابٌ وقبولٌ لإنجاز العقد في هذه المرحلة، وإنّما الإعلان الصّحفيّ لمثل هذه المناقصة دعوةٌ للتّجّار للدّخول فى مواعدةٍ أو تفاهمٍ عامّ. ولكن لابأس أن تّتخذ لها جميع الإجراآت الّتى ذكرناها، بشرط أن لايُظنّ أنّ إرساء العطاء عقدٌ باتٌّ للبيع مُضافٌ إلى المستقبل، بل يرسو العطاءُ على أنّه مواعدةٌ من الطّرفين، لازمةٌ عليهما، لإنجاز البيع فى تاريخ مستقبل. وقد فصّلنا الفرق بين الأمرين تحت عنوان "المواعدة فى اتّفاقيّات التّوريد".

٤٥- حكم أخذ عوض على دفتر الشّروط

والمعمولُ به فى المناقصات عموماً، وفى المزايدات في بعض الأحوال، أنّ الجهة الإداريّة الّتى تُريد أن تُجريَ المناقصة تُسجّل تفاصيلَ العقد ومواصفاته فى دفتر. وهذا الدّفتر يُعطي للمشاركين بعوضٍ ماليّ.

فالسّؤال الفقهيّ: هل يجوز للجهة الإداريّة أخذُ عِوَضٍ مقابلَ دفتر الشُّروطِ؟ فإذا نظرنا إلى أنّ هذا الدّفترَ إنّما يرجع نفعُه إلى الجهة الإداريّة، حيثُ إنّها هي الّتى تريد أن تُجري المناقصةَ لصالحها، لم يكن هناك مبرِّر لها فى أخذ عوض مقابلَ هذا الدّفتر.

ولكنّ هناك ناحيةً أخرى لا يمكن غضّ النّظر عنها، وهي: أنّ إعدادَ دفتر الشُّروط ربّما يحتاج إلى دراساتٍ فنّيّة، ورسم خرائطَ دقيقة، ممّا يتطلّب جُهداً ومالاً. ومن ناحية أُخرى: إنّ هذا الدّفترَ يخفّف مؤونةَ المقاولين أو التُّجّار؛ لأنّه لولا هذا الدّفترُ لاحتاج كلُّ عارضٍ إلى أن يُجري هذه الدّراسات الفنّيّة بنفسه، ويتكبّد فى ذلك

www.besturdubooks.wordpress.com

جُهداً، ويبذل لأجله مالاً. ومن هذه الجهة يبدو أنّ الجهةَ الإداريّةَ تَستحقُّ أن تُطالِب عوضاً مقابلَ هذا الدّفتر.

والّذي يظهر لهذا الضّعيف – عفا الله عنه– أنّه لو كان دفتر الشُّروط لا يتضمّن دراساتٍ فنّيّةً، وكان مشتملاً على مجرّد شرط العقد، فلا يجوز للجهة الإداريّة أن تتقاضى عليه ثمناً؛ لأنّه بمنزلة شروط العقد من أحد العاقدين، ولا يجوز أخذ العوض على ذلك. أمّا إذا كان هذا الدّفترُ مشتملاً على دراساتٍ فنّيّة يحتاج إليها المشاركون في المناقصة لإعداد عُروضهم، فيجوز للجهة الإداريّة أن تأخذ على دفعه عوضاً يغطّي تكاليف الجهة الإداريّة في إعداده.

وهذا قريبٌ ممّا صدر به قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ في موضوع بيع المزايدة، ونصّه ما يلي:

"لا مانعَ شرعاً من استيفاء رسم الدُّخول – قيمة دفتر الشُّروط بما لا يزيد عن القيمة الفعليّة – لكونه ثمناً له."[1]

٤٦ –حكم المطالبة بالضّمان الابتدائيّ

قدّمنا أنّ في بعض الحالات يُطالَب المقاولون بتقديم ضمانٍ ابتدائيّ يُنبئ عن جدّيّتهم في تقديم العرض. فحكمُه الشّرعيّ ما ذكرناه في بيان هامش الجدّيّة. ولا يظهر هناك مانعٌ من المطالبة به للتأكّد من جدّيّة العارض، ما دام أنّه لا يؤدّي إلى أكل أموال النّاس بالباطل. وهذا إنّما يحصل إذا بقي مبلغُ الضّمان أمانةً عند الجهة الإداريّة. ولو وقع خَلْطُه

(١) قرار رقم: ٧٣ (٨/٤) للدورة الثامنة للمجمع، المنعقدة في بروناي دار السّلام، سنة ١٤١٤هـ راجع: مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ العدد الثامن: ٢: ٢٥، فقرة ٥

www.besturdubooks.wordpress.com

بالأموال الأخرى، فيكونُ مضموناً عليها، وإن وقع استثمارُه بإذنه، فيجب أن يرجع ربحُه إلى صاحب العرض الّذي قدّمه. وإن لم يَفُزْ هذا العارضُ بالصّفقة، بمعنى أنّه لم يُقبَل عرضُه، فإنّه يُردّ عليه كاملُ المبلغ، مع ربحه إذا أُودِع في وعاءٍ استثماريّ مقبولٍ شرعاً.

وما يُعمل به عموماً من مُصادرة المبلغ إذا سحبَ العارضُ عرضَه قبل موعد إرساء العطاء، غيرُ مقبولٍ من النّاحية الشّرعيّة إطلاقاً، وهو من قبيل أكل أموال النّاس بالباطل؛ لأنّا حقّقنا فيما سبق أنّ التّقدُّم بالعرض إيجابٌ من قِبَل العارض، ويحقّ شرعاً لكلّ من يتقدّم بالإيجاب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر. فلا وجه لمصادرة ما تقدّم به من الضّمان الابتدائيّ. وكثيراً ما تقع حالاتٌ يُضطرّ فيها العارضُ لسحب عرضه، فكيف يجوز معاقبتُه في مثل هذه الحالات؟

حتّى لو أخذنا بقول المالكيّة الّذين يرون التّقدُّم بالعرض في المزايدة ملزماً على الموجب العارض، ولا يعترفون بحقّه في الرّجوع، فإنّ غاية هذا الإلزام أن يُجبر على العقد قضاءً، أو يُحمَّل الضّررَ الماليّ الّذي تضرّرت به الجهةُ صاحبةُ المناقصة فعلاً. وإلاّ صارت هذه المصادرةُ عُقوبةً ماليّةً، لا يجوز لأحدٍ أن ينفّذها إلّا القاضي على قول من يجوّز الغرامةَ الماليّةَ كعُقوبة مشروعة، وخاصّةً في حين أنّ المالكيّة إنّما ألزموا الإيجابَ على العارض في المزاد العلنيّ الّذي يرسُو فيه العطاءُ في مجلس المزاد، ولا ينطبق ذلك تماماً على المناقصات السّرّيّة الّتي يتمّ فيها العقد بعد مدّة تُحتمل فيها تقلُّباتُ الأسعار بصفة غير متوقّعة.

فلا يجوز شرعاً مصادرةُ الضّمان الابتدائيّ إذا سحب العارض عرضه قبل إرساء العطاء.

وقد يُستشكل هذا بأنّه لا تظهر هناك فائدةٌ لهذا الضّمان إذا وجب ردُّ مبلغه إلى

www.besturdubooks.wordpress.com

العارض في جميع الحالات.

والجواب عن هذا الإشكال أنّ هذا المبلغ ليس إلّا للتأكّد من جدّية صاحب العرض، وليس ضماناً في مفهومه الفقهي، فإنّ الضّمان إنّما تسبقه مديونيّة، وإنّ مجرّد التقدّم بالعرض لا يُنشئ ديناً على صاحب العرض. ولا شكّ أنّ من يتقدّم بهذا المبلغ عند تقديم عرضه، فإنّه يُنبئ عن جدّيته في الاشتراك؛ لأنّه لا يتنازل أحدٌ عن سُيولته، ولو لمدّة قصيرة، إلّا مَن يُريد أن يدخل في العقد حقيقةً. وهذا المطلوب حاصل، والله سبحانه أعلم.

٤٧- حكم الضمان النّهائيّ

أمّا الضّمانُ النّهائيُّ فإنّه يطالَبُ به مَن يفوز بالصّفقة من بين العارضين، وإنّما يطالَب به لتوثيق أنّ الفائزَ بالصّفقة يلتزم بمسئوليّاته التّعاقديّة، وقد يزعُم بعضُ النّاس أنّه من قبيل العربون، وليس الأمرُ كذلك، لأنّ العربونَ الّذي أجازه الحنابلةُ إنّما يُقدّمه المشتري، وصاحبُ العرْض في المناقصات هو البائعُ، إذا كان موضوعُ المناقصة توريداً، أو استصناعاً، والمؤجِرُ، إن كانت المناقصةُ موضوعُها تقديمَ بعض الخدمات. والواقعُ أنّه لا يوجد هناك نظيرٌ في الفقه الإسلاميّ بمطالبة شيئٍ من البائع أو المؤجِر، إلّا مطالبةُ الرّهن من المسلم إليه الّذي جوّزه بعضُ الفقهاء ومنعه آخرون. ولكنّ ذلك إنّما يُمكن إذا كان البيع باتّاً، كما في السّلم أو الاستصناع.

أمّا في اتفاقيّات التّوريد، فقدّمنا أنّها ليست عقوداً باتّة. وغايةُ ما يُمكِن أن يبرَّر به هذا الضّمانُ هو على أساس "هامش الجدّية" فينطبق عليه كلُّ ما ذكرنا في الضّمان الابتدائيّ من أنّه أمانةٌ ابتداءً، وإن خُلِطَ بمال آخر، فإنّه مضمونٌ على صاحب

www.besturdubooks.wordpress.com

المناقصة. وإن وقع استثماره بإذن صاحبه فإنّه يرجع ربحه إليه، ويجب ردُّه مع ربحه (إذا كان مستثمراً في جهة مقبولة شرعاً) إلى صاحبه عند تمام تنفيذ العقد. ولا يجوز مصادرته إلّا إذا تخلّف صاحبه من أداء واجبه، وحصل بالتخلّف ضررٌ ماليٌّ لصاحب المناقصة فعلاً، فيمكن أن تقع المقاصّة بين المبلغ وبين ما يجب على المتعاقد من تعويضٍ ماليٍّ.

وقد صدر قرارٌ من مجمع الفقه الإسلامي بشأن الضّمان في بيوع المزايدة بما نصّه:

"طلبُ الضّمان ممّن يريد الدّخول في المزايدة جائزٌ شرعاً، ويجب أن يُردَّ لكلّ مشاركٍ لم يرسُ عليه العطاء، ويُحتسب الضّمانُ الماليُّ من الثّمن لمن فاز بالصّفقة."[1]

وبما أنّ هذا القرار كان موضوعه المزايدة، ويُطلب فيه الضّمان من المشتري، فيمكن تخريجه على أساس العربون. وليس الأمر كذلك في المناقصات التي يُطلب فيها الضّمان من البائع أو المقاول، فلا بُدّ من ردّ هذا المبلغ بعد تنفيذ العقد مع سائر واجبات المتعاقد الأخرى، ولا يُصادر هذا المبلغ إلّا في الصّورة التي ذكرناها من تخلُّف المتعاقد عن تنفيذ العقد، وتحميله الضّرر الفعليَّ الماليَّ الّذي أصاب صاحبَ المناقصة، فحينئذ تقع المقاصّةُ بين المالين. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٨ــ المحظورات في المزايدة والمناقصة

ثمّ إنّ المزايدة والمناقصة وإن كانتا جائزتين شرعاً، ولكن قد تُصاحبهما ما يجعل

(١) قرار رقم: ٧٣ (٨/٤) في الدّورة الثّامنة للمجمع، المنعقدة في بروناي، سنة ١٤١٤هـ مطبوعاً في مجلّة المجمع، العدد الثّامن: ٢: ٢٥٠، فقره ٤.

www.besturdubooks.wordpress.com

العمليّة محظورة. ومن أهمّ هذه المحظورات الشّرعيّة ما يأتي:

٤٩- المزايدة في محلّ محظور

أن يكون محلُّ المزايدة أو المناقصة ما لايجوز التّعاقد فيه شرعاً، مثل الخمر أو الخنزير، فلا يجوز الدّخول فيهما. وعلى هذا، فإنّ المناقصة أو المزايدة الّتي تجري لبيع سندات الخزينة(Treasury Bills) الرّبويّة لايجوز عقدها ولا الدّخولُ فيها، لأنّ سندات الخزينة هي سندات قرض ربويّ تُصدرها الحكومةُ للاستقراض من المؤسسات الماليّة. وهي مشتملةٌ على التّعهّد بأداء مبلغٍ معلوم مثل مائة ألف دولار بعد مدّة محدّدة. وإنّ هذه السّندات تُباع بخصم. فإن كان السّندُ لمائة ألف دولار مثلاً، فإنّه يُباع بخمسة وتسعين ألفاً مثلاً، ليحصّل المشتري في تاريخ السّداد على مائة ألف، ويربح خمسة آلاف. وقد تُجري الحكومة (بواسطة البنك المركزيّ غالباً) مزايدةً لبيع هذه السّندات. فيُباع هذا السّند لمن يتقدّم بالعطاء الأعلى الّذي يكون أقلّ دائماً من قيمته الاسميّة، كي ينتفعَ المشتري بالفرق بين ثمنه الّذي اشترى به السّند وبين القيمة الاسميّة.

وهذه العمليّةُ تشتمل على محظورين: الأول: أنّ هذا قرضٌ ربويٌّ بحت. والثّاني: أنّ هذه السّندات تُشترى عادةً لتُباع في السّوق الّتي تُسمّى السّوق الثّانويّة، وإنّه بيعٌ للدّين من غير من هو عليه، فلا يجوز الدّخول فيها. وسيأتي التّفصيل في مبحث بيع الدّين إن شاء الله تعالى.

٥٠- النّجْش مع احتفاظ الثّمن أو غيره

النّجْش أن يزيد الرّجل في ثمن السّلعة، لا لرغبة نفسه في شراءها، بل ليخدع غيره ليرغب فيها ويشتريه بثمن زائد. وهو ممنوعٌ بنصّ الحديث، وسيأتي تمام الكلام

www.besturdubooks.wordpress.com

عليه في باب البيع المكروه إن شاء الله تعالى.

ولكنّ الّذي يُناسب ذكرُه هُنا أنّ النّاجش إن أُقيم من قِبل البائع ليُرغّب المشاركين في المزايدة، فإنّ بعضَ القوانين الوضعيّة لاتمنع ذلك، كما حُكيَ عن القانون السّويديّ، وقانون بعض الدّول الأخرى أنّه لايمنع النّجش، ولكنّه يُسيئ سُمعة القائمين بالمزايدة.[1] وإنّ القانون الإنكليزيّ يسمح ذلك في بعض الحالات، وهي في بيع العقارات إذا احتفظ البائع بسعر أقلّ، وأقام البائعُ من يَقدّم الأعطية ليرغب الآخرون في الزّيادة عليها.[2]

أمّا الشّريعة الإسلاميّة، فلا تُبيح مثلَ هذه الخديعة. وإنّ نصّ الحديث الّذي يمنع ذلك عامٌّ يشمل جميعَ الحالات. ولا شكّ أنّ عنصر الخديعة موجودٌ فيه، وإن كان البائع احتفظ بسعرٍ معلوم، وأخذ لنفسه حقّ تقديم العطاء. فلا يجوز ذلك، والله سبحانه أعلم.

أمّا إذا لم يكن البائع احتفظ بسعر معلوم، فالنّجش ممنوعٌ في القانون الإنكليزيّ أيضاً. بل صرّح القانون أنّه لو ثبت أنّ البائع أقام أحداً للنّجش، فإنّ الّذي رسا عطاؤه واشترى السّلعة في الأخير له الحقّ أن يرفع الأمرَ إلى القضاء ضدّ البائع، ويفسخ البيع على أساس كونه مبنيّاً على الخديعة.

أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أنّ النّاجش آثمٌ بفعله، ولكنّ البيع

(1) Wikipedia, "Auction"_Collusion

(2) Wikipedia, "Auction"_Chandelier or Rafter Bidding. It seems that the language of Section 64 (4) & (5) has room for such a practice.

www.besturdubooks.wordpress.com

لايبطل بذلك، كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى في البيع المكروه. ولكن هناك روايات في مذهب المالكيّة والحنابلة أنّ البيع يبطل بالنّجش. ولو ثبت فيه غبن فاحش، فللمشتري الخيار في الفسخ. وقيّد الشّافعيّة خيار الفسخ في حالة الغبن الفاحش بما إذا كان النّجش بمواطأة من البائع. أمّا الحنفيّة، فأصل مذهبهم أنّه لاخيار للمغبون، ولكنّ المتأخرين أفتوا في العصور المتأخرة بخيار المغبون المغرور، كما سيأتي تفصيله في مسئلة خيار المغبون إن شاء الله تعالى.

٥١ – تواطؤ المشاركين في المزايدة

وقد جرى العمل في بعض البلاد على أنّ المشاركين في المزايدة يتواطئون فيما بينهم على أن لا يقدّم أحدٌ منهم عطاءً أزيد على مبلغ متّفق عليه. وإنّ هذا التّواطؤ يؤثّر على ثمن السّلعة أثراً كبيراً، حيثُ لايبلغ الثّمن أكثر ممّا يريد المتواطئون. ومن أجل ذلك يُنشئون جماعة تُسمّى "حلقة" (Ring) وإنّ مثل هذا التّواطؤ يُسمّى "الصّرع" (Knock out) كأنّ هذه الحلقة صرعت الجهة البائعة أوالمشاركين الآخرين. وإنّ مثل هذا التّواطؤ كان مشروعاً في القانون الإنكليزيّ العامّ (Common Law) وقد صدرت بجوازه قرارات من المحاكم الإنكليزيّة والهنديّة.[١] ثمّ أصدر قانون في سنة ١٩٢٧ جعل مثل هذا التّواطؤ جريمةً قانونيّةً إذا دخل فيه أحدٌ بإعطاء هديّة، أو تعويضٍ عن إمساكه عن تقديم العطاء الزّائد.[٢] والظّاهرُ من هذا القانون أنّه إذا وقع التّواطؤ بدون هديّة أو تعويض (رشوة) فإنّه غير ممنوع قانوناً.

(١) Pollock & Mulla on Sale of Goods Act. pp. 467, 468

(٢) Auctions (Bidding Agreements) Act 1927. Section 1 (1)

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا فقهاء الشّريعة الإسلاميّة، فلم يذكروا حكمَ هذا التّواطؤ في المزايدة، ولكن يظهر من المبادئ العامّة ومذاق المقاصد الشّرعيّة أنّ مثل هذا التّواطؤ لاتُجوّزه الشّريعة الإسلاميّة إن كان فيه إضرارٌ بالبائع أو بالمشاركين الآخرين. لأنّ المبدأ الّذي أخذت به الشّريعة الإسلاميّة أن تكون هناك منافسةٌ حرّةٌ فيما بين البائعين والمشترين، ويقعَ تعيين الثّمن على أساس هذه المنافسة الحرّة. ولذلك منعت الشّريعة الإسلاميّة الاحتكارَ وتلقّيَ الجلب، وبيعَ الحاضر للبادي، كما سيأتي في بيان البيوع المكروهة إن شاء الله تعالى. ويُمكن أن يُستأنس لذلك بما ورد في بعض طرق الحديث أنّ النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم قال: "لا تناجشوا"[1] و"التّناجُش" يقتضي "التّشارك" وأن يكون من قبل أكثر من جهة واحدة، وإن كان شرّاح الحديث فسّروه بطريق آخر. والله سبحانه أعلم.

ثمّ إنّ هذا التّواطُؤ يقع في بعض المزايدات على أساس أنّه إن فاز أحدُ أعضاءِ الحلقة بالصّفقة، فإنّه يعقد مزايدةً أخرى فيما بين الأعضاء، وفرْقُ الثّمن فيما بين المزايدتين يُقسَّم فيما بين أعضاء الحلقة.[2] وفيه مفسدةٌ أخرى زيادةً على التّواطؤ. وهيَ أنّ مايُوزّع في الشّركاء من فرق الثّمنين هو رشوةٌ لهذا التّواطؤ، فلايجوز شرعاً. والواقع أنّ قوانين أكثر البلاد الغربيّة مصوغةٌ على أساس الاقتصاد الرّأسماليّ الّذي هو مبنيٌّ على مبدأ حرّيّة الإنسان في حصول ربح أكثر. وقد يكون ذلك على حساب ضرر العامّة أو ضرر جهةٍ أخرى. فقد يمنعونه وقد يُجيزونه حسب ما تقتضيه آراء

---

(١) رواه البخاريّ في صحيحه، كتاب البيوع، باب لايبيع على بيع أخيه الخ حديث ٢١٤٠

(٢) Wikipedia, "Auction" Collusion

الجهة المشرّعة.

وبعد الفراغ من المسائل المتعلّقة بركن البيع، وهو الإيجاب والقبول، ننتقل الآن إلى الأحكام التي تتعلّق بالمتعاقدين، والله سبحانه هو الموفّق للصواب.

www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الثانى

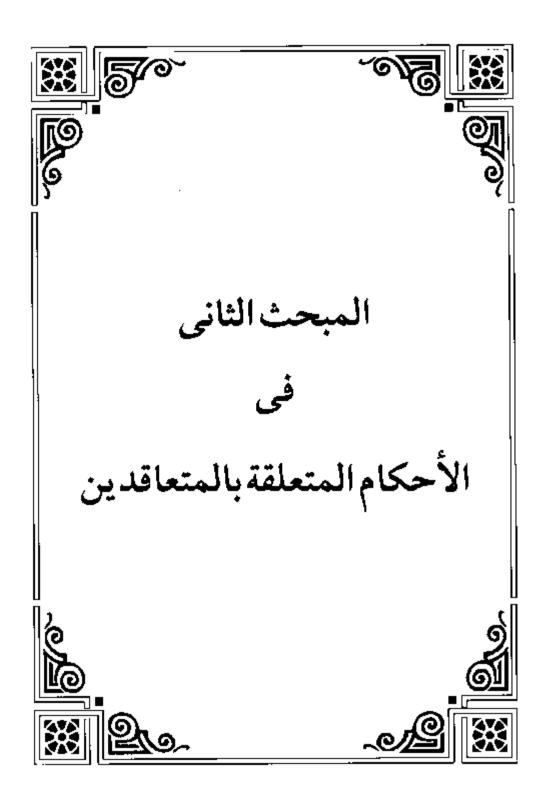
فى

الأحكام المتعلقة بالمتعاقدين

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٢- الباب الأوّل

في

أهليّة العاقدين

يشترط لصحة عقد البيع أن يكون العاقدان عاقلين مميّزين، فلا ينعقد بيعُ المجنون والصبيّ الّذي لا يعقل. ولايشترط البلوغ ولاالحرّيّة ولا الإسلام، ولا سلامةُ الأعضاء. ولنتكلّم على كل من هذه الأقسام بشيئٍ من التّفصيل:

٥٣- بيع الصبيّ وشراؤه

لاخلاف في أنّ الصبيّ غيرالمميّز ليس أهلاً للتّعاقد. أمّا الصبيّ المميّز، فاختلف الفقهاء في أهليّته. فالمعتمد عندالحنفيّة والمالكيّة والحنابلة أنّه أهلٌ للتعاقد.[١]

---

(١) قال الكاساني رحمه الله تعالى: "فأمّا البلوغ، فليس بشرطٍ لانعقاد البيع عندنا،حتى لو باع الصبيّ العاقلُ مالَ نفسه ينعقد عندنا موقوفاً على إجازة وليّه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ" وقال الدّردير رحمه الله تعالى: "(وشرط) صحة عقد (عاقده) أي البيع (تمييز) بأن يكون إذا كلّم بشيئٍ من مقاصد العقلاء، فهمه وأحسن الجواب عنه. فلا ينعقد من غير مميّز لصغر أو إغماء أو جنون." وقال المرداوي رحمه الله تعالى: "الثّاني: أن يكون العاقدُ جائزَالتّصرّف، وهوالمكلّف الرّشيد... إلاّ الصبيّ=

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا الشّافعيّة، فمذهبُهم أنّ الصبيّ ليس أهلاً للتعاقد، وإن كان مميّزا. قال الغزاليّ رحمه الله تعالى:

"فتصرّفاتُ الصّبيّ والمجنون بإذن الوليّ ودونَ إذنه، وبالغِبطة والغَبينة، باطلة."[1]

وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"ويصحّ تصرّفُ الصّبيّ المميّز بالبيع والشّراء فيما أذن له الوليّ فيه في إحدى الرّوايتين، وهو قول أبي حنيفة، والثّانية: لا يصحّ حتّى يبلغ. وهو قول الشّافعيّ لأنّه غيرُ مكلّف. أشبه غيرَ المميّز. ولأنّ العقلَ لا يمكن الوقوف منه على الحدّ الّذي يصلُح به التّصرّف، لخفائه وتزايده تزايداً خفيّ التّدريج، فجعل الشّارعُ له ضابطاً، وهو البلوغ. فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنّة."

ولنا قولُ الله تعالى: وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ [النّساء: ٦] ومعناه: اختبروهم لتعلّموا رُشدهم. وإنّما يتحقّق إختبارُهم بتفويض التّصرّف إليهم من البيع والشّراء، وليُعلم هل يُغبَن أولا. ولأنّه عاقلٌ مميّز محجورٌ عليه، فصحّ تصرّفه بإذن وليّه

= المميّز والسّفيه. فإنّه يصحّ تصرّفهما بإذن وليّهما في إحدى الرّوايتين، وهي المذهب، وعليه الأصحاب. (بدائع الصنائع ٣٢١:٤ والدسوقي على شرح مختصر خليل ٥:٣ والإنصاف للمرداوي ٢٦٧:٤)

(١) الوسيط للغزالي ١٢:٣

www.besturdubooks.wordpress.com

كالعبد، وفارق غيرَ المميِّز، فإنّه لا تحصل المصلحة بتصرّفه لعدم تمييزه ومعرفته. ولا حاجة إلى اختباره لأنّه قد عُلِم حاله. وقولهم: إنّ العقل لا يمكن الاطّلاع عليه، قلنا: يُعلم ذلك بآثاره وجريان تصرّفاته على وفق المصلحة، كما يُعلم في حقّ البالغ، فإنّ معرفة رُشده شرطُ دفع ماله إليه وصحّة تصرفه؛ كذا هاهنا. فأمّا إن تصرّف بغير إذن وليّه، لم يصحّ تصرّفه. ويحتمل أن يصحّ ويقف على إجازة الوليّ: هو قول أبي حنيفة ... وأمّا غيرُ المميّز فلا يصحّ تصرّفه، وإن أذن له الوليّ فيه، إلاّ في الشّيء اليسير، كما رُوِيَ عن أبي الدّرداء رضي الله تعالى عنه أنّه اشترى من صبيٍّ عصفوراً، فأرسله. ذكره ابن أبي موسى."[1]

وماقاله ابنُ قُدامة قويٌّ راجح، فإنّ الصبيَّ المميِّز قد يحتاج إلى البيع والشّراء، والمانعُ قد زال ببلوغه سنَّ التمييز، وزال الضّررُ المحتمل بجعل عقده موقوفاً على إجازة وليّه. والله سبحانه أعلم.

ثمّ بيعُ الصبيِّ المميّز وشراؤه إنّما ينعقد موقوفاً على إجازة وليّه عندالحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، إذالم يكن الصبيُّ مأذوناً من قِبَله. ويجوز عند الحنفيّة أن يأذن له الوليّ بالعقود التّجاريّة إذناً عامّاً، إلاّ في العقود الضّارّة المحضة، مثل الإقراض والكفالة والهبة وغيرها. ولو أذن له الوليّ إذناً عامّاً في غير العقود الضّارّة، فلايتوقّفُ انعقادُ هذه العقود على إذنٍ خاصٍ. يقول الحصكفيّ رحمه الله تعالى:

"فإن أذن لهما (أي للصبيّ والمعتوه) الوليُّ فهما في شراءٍ وبيعٍ كعبدٍ مأذون

---

(١) المغني لابن قدامة ٤:٢٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

في كلّ أحكامه."[1]

فإذا باشر الصّغير المميّز شيئاً من البيع أو الشّراء أوالإجارة أوالاستيجار، أو أيّ عقدٍ يحتمل النّفع والضّرر بإذنٍ عامّ سابقٍ من وليّه، كان التّصرّف صحيحاً نافذاً ملزماً للصّغير منذ صدوره منه. وعمّم الإمام أبو حنيفة هذا الحكم، حتّى أجاز هذه التّصرّفات، ولو كانت بغبنٍ فاحشٍ. وخالفه صاحباه فقالا: لاينفذ تصرّف الصّبيّ بالغبن الفاحش.[2] وفي قولهما مصلحةٌ للصّبيّ كما لايخفى.

وفي هذا يختلف مذهب الجمهور في الفقه الإسلاميّ من القوانين الوضعيّة الّتي تشترط لصحّة أيّ عقدٍ أن يكون العاقد بالغاً. فالمادة ١١ من قانون العقد الإنكليزيّ يُصرّح بأنّه يجب لأهليّة التّعاقد أن يكون العاقد بالغاً (major) حسب القانون السّائد في البلاد. والقانون الإنكليزيّ العامّ كان قد حدّد سنّ البلوغ بإحدى وعشرين سنة، ثمّ نقصه بقانون تعديل قوانين الأسرة إلى ثماني عشرة سنة. وبما أنّ مَن كان سنُّه أقلّ منه ربّما يحتاج إلى بعض العقود، فإنّ القانون أجاز عقده في "الأشياء الضّروريّة" (Necessaries) وهناك تفاصيل كثيرةٌ في تفسيرها، وطريق تطبيقها.[3]

وإنّ هذه المشاكل قد انحلّت في الفقه الإسلاميّ باشتراط إذن وليّه. وذلك لأنّ من الصّعب جدّاً أن يُطبّق على جميع الصّبيان مبدأ واحدٌ في جميع الأمور. وإنّ وليّه هو الّذي له بصيرةٌ تامّةٌ بأحوال الصّبيّ، وما يحتاج إليه من عقد، وما يتضرّر به.

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين، كتاب المأذون ٦: ١٧٣

(٢) رد المحتار ٦: ١٧٣

(٣) Chitty: On Contracts, v.1, p. 220 para 472 etc.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٤– سن التمييز

أمّا سِنُّ التّمييز، فقد حدّده بعضُ الفقهاء بسبع سنين، كما ذكره الحصكفيّ في الدّرّ المختار، وحكاه ابن عابدين عن فتاوى قارئ الهداية.[1] والظّاهرُ أنّهم ذلك بما رُوي عن النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: "مُروا أولادكم بالصّلوة وهم أبناءُ سبع."[2] ولكنّ مُعظم الفقهاء لم يقيّدوا التّمييز في المعاملات بسنّ معيّن، فإنّ أحوالَ الصّبيان تختلف في التّمييز. فمنهم من يعقل المعاملات في سنّ أبكر، ومنهم من لايعقلها إلاّ في سنّ متأخّر، فالعمدةُ في ذلك نُضجُ تفكيره، وليس عمراً معيّنا. وماذكره في الدّرّ المختار إنّما هو في العُمر الّذي يُعتبر فيه إسلامُ الصبيّ. وأعقبه ابنُ عابدين بنقلٍ عن العناية، حيث فسّر الصبيّ العقل بمن يعقل المنافعَ والمضارّ وأنّ الإسلام هُدى واتّباعُه خيرٌ له. وأنّ ابنَ الهمام فسّره في فتح القدير بمن يعقل صفة الإسلام. ثمّ إنّ الحصكفيّ نفسه حينما تكلّم في كتاب المأذون عن كون الصبيّ مميّزاً في المعاملات، لم يقيّده بسنّ مخصوص، وإنّما قال:

"والشّرطُ لصحّة الإذن أن يعقلا البيعَ سالباً للملك عن البائع، والشّراءَ جالباً له. زاد الزّيلعي: وأن يقصد الرّبحَ ويعرف الغبْن اليسير من الفاحش."[3]

٥٥– وليّ إذن الصبيّ في المعاملات

والّذي يملك إذنَ الصبيّ بالمعاملات عند الحنفيّة هو أبوه، ثمّ وصيُّ الأب بعد موت الأب، ثمّ وصيُّ وصيّه، ثمّ الجدّ الصّحيح، وإن علا، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيُّ وصيّه، ثمّ

---

(١) رد لمحتار، باب صلاة الجنازة، ٥: ٣٢١ فقره ٧٥٥٩

(٢) سنن أبي داود، كتاب الصلاة ٤٩٥

(٣) الدر المختار مع رد المحتار، كتاب المأذون ٦: ١٧٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الوالي، ثمّ القاضي.[١] وقال الحنابلة: "ولا ينظر في مال الصبيّ والمجنون ما داما في الحجر إلاّ الأبُ أو وصيّه بعده، أو الحاكم عند عدمهما."[٢] ووافقهم المالكيّة في أنّ ولايةَ الصّغير في المال لايتعدّى الأبَ ووصيَّه إلى الجدّ، ولكنّهم قالوا: إن لم يوجد الأب أو وصيُّه، فالولاية للحاكمِ أو جماعة المسلمين.[٣] وذلك على أصلهم أنّ عند عدمِ حاكمٍ مسلم عادل، تقوم جماعةٌ من المسلمين مقامَه في كثير من الأمور.

ويجوز عند الحنفيّة والمالكيّة أن يكونَ الإذنُ دلالةً، كما يجوزُ أن يكونَ صراحةً.[٤] فلو رأى الوليُّ الصبيَّ المميّزَ يبيع ويشتري ولم يَنْهه عن ذلك، فإنّه إذنٌ دلالةً. ولكن لابُدّ من الفرق بين الإذن والاستخدام. فقد ذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّه لو أمره بشراء شيئٍ بعينه كاللّحم، لا يكون مأذوناً له، لأنّه استخدام.[٥]

وهذا الإذن عند أكثر الحنفيّة لايقبل التّخصيص. فإذا أذن الوليّ للصّغير بنوعٍ من البيع، و قيّده ببضاعةٍ أو سوقٍ أو زمانٍ مخصوص، أصبح الصّغيرُ مأذوناً إذناً عامّاً في جميع أنواع البضاعات وغيرها، إلاّ أن يحجره الوليّ من جديد. وذلك لأنّ الإذن عندهم إسقاطٌ للحَجْر، وإنّ الإسقاط لايقبل التّقييد.[٦]

أمّا الحنابلة وزفر رحمه الله تعالى من الحنفيّة، فالإذنُ عندهم يقبل التّقييد، فلا يكون

---

(١) الدّرّ المختار مع ردّالمحتار ٦: ١٧٤
(٢) المغني لابن قدامة، كتاب الحجر ٤: ٥٢٦
(٣) الشرح الكبير للدّردير مع الدّسوقيّ، باب في بيان أسباب الحجر ٣: ٢٩٢ و ٢٩٣
(٤) الشرح الكبير للدّردير مع الدّسوقيّ ٣: ٢٩٤
(٥) ردّالمحتار، كتاب المأذون ٦: ١٥٨
(٦) ردّالمحتار كتاب المأذون، ٦: ١٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الصبيُّ مأذوناً إلاّ في النّوع الذي أذن له الوليّ فيه، لأنّ الإذنَ عندهم توكيل، وهو يقبل التّقييد. قال شمس الدّين ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"ولاينفكّ عنهما الحجْر إلاّ فيما أُذِن لهما فيه، وفي النّوع الذي أمرا به، لأنّ تصرُّفَه إنّما جاز بإذن وليّه وسيّده، فزال الحجْر في قدر ما أذِنا فيه دون غيره، كالتّوكيل،...وإن عيّن له نوعاً من المال يتّجر فيه، لم يكن له أن يتّجرَ في غيره، وبهذا قال الشّافعيُّ (يعني في العبد) وقال أبو حنيفة: يجوز أن يتّجرَ في غيره، وينفكُّ عنه الحجرُ مطلقاً، لأنّ إذنَه إطلاقٌ من الحجْر وفكٌّ له، والإطلاق لا يتبعّض كبلوغ الصّبيّ. ولنا أنّه متصرِّفٌ بالإذن من جهة الآدميّ، فوجب أن يختصّ ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب، وما قاله ينتقض بما إذا أذن له في شراء ثوبٍ ليَلبَسَه أو طعامٍ ليأكُلَه، ويخالفُ البلوغ، فإنّه يزول به المعنى الموجِب للحجر، فإنّ البلوغَ مظنّة كمالِ العقل الّذي يتمكّن به من التّصرُّف على وجه المصلحة، وههنا الرّقّ سببُ الحجر، وهو موجودٌ. فنظيرُ البلوغ في الصّبيّ العتقُ للعبد، وإنّما يتصرّف العبدُ بالإذن. ألا تَرى أنّ الصبيّ يستفيد بالبلوغ قبولَ النّكاح بخلاف العبد."[1]

وهذاالموقف رجّحه الشّيخ مصطفى الزّرقاء رحمه الله تعالى،[2] وهو الّذي يبدو أوفق بمصالح الصّبيّ.

---

(١) الشرح الكبير على متن المقنع مع المغني ٤: ٥٣٣ و ٥٣٤

(٢) المدخل الفقهي العام ٢: ٨١٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٦- بيع السّكران

أمّا السّكران، فهو على قسمين: الأوّل مَن لايعقل شيئاً بسبب السّكر. فهو في حكم المجنون، لاينعقد بيعه. قال ابن رشد رحمه الله تعالى:

"سكران لا يعرف الأرض من السّماء، ولا الرّجل من المرأة، فلا خلاف أنّه كالمجنون في جميع أحواله وأقواله فيما بينه وبين الله وفيما بينه وبين النّاس إلاّ فيما ذهب وقته من الصّلوات."[1]

وإنّ هذا القسم من السّكر هو الّذي أوجب فيه الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى حدّ السّكر (أي من غير الأشربة الأربعة)، ولكنّ الظّاهر أنّه لاتصحّ عقوده في هذه الحالة، لأنّ الفقهاء فسّروا تعريفه للسّكران باقتصاره على وجوب حدّ السّكر فقط.[2]

والقسم الثاني من السّكران هو الّذي يختلط ويهذي في كلامه وأفعاله، وعنده نوع من التّمييز، ففي انعقاد بيعه خلاف. قال ابن رشد رحمه الله تعالى:

"والثّاني: السّكران المختلط الّذي معه بقيّةٌ من عقله. فاختلف أهل العلم في أقواله وأفعاله على أربعة أقوال:

أحدها أنّه كالمجنون، فلا يُحدّ، ولايُقتصّ منه، ولا يلزمه بيع، ولا عتق، ولا طلاقٌ، ولا شيئ من الأشياء. وهو قول محمّدبن عبد الحكم، وأبي يوسف، واختاره الطّحاوي.

---

(١) حكاه عنه الحطّاب في مواهب الجليل ٤: ٢٤٢

(٢) راجع التقرير والتحبير لابن أمير حاج ٢: ١٩٤ وردالمحتار ٩: ١٢٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والثّاني: أنّه كالصّحيح، لأنّ معه بقيّة من عقله. وهو قول ابن نافع أنّه يجوز عليه كلّ ما فعل من بيع أو غيره. وهو مذهب الشّافعي[1] وأبي حنيفة.[2]

والثّالث: تلزمه الأفعال، ولا تلزمه الأقوال، فيُقتل بمن قتل، ويُحدّ في الزّنا والسّرقة، ولايُحدّ في القذف، ولايلزمه طلاق، ولاعتق. وهو قول اللّيث. والرّابع: تلزمه الجنايات، والعتق، والطّلاق، والحدود، ولايلزمه الإقرارات والعقود. وهو مذهب مالك وعامة أصحابه. وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصّواب."[3]

والواقع أنّ السّكر له درجات مختلفة كما هو ظاهر، ويصعب الحكم الكلّيّ على جميع الدّرجات. والعمدة في مسئلة البيع هو صحّة القصد والرّضا. فإن ثبت أنّه عقد البيع وهو يعقل معنى البيع ونتائجه، يصحّ بيعه. وأمّا إذا ادّعى أنّه عقده في حالة لايعقل فيها معناه ونتيجته، فعليه الإثبات، واكتفى المالكيّة فيه بحلفه،[4] والظّاهر من أصول الحنفيّة أنّ عليه البيّنة. والأمر في مثل ذلك موكول إلى القضاء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) قال النووي رحمه الله تعالى: "وأمّا السّكران، فالمذهب صحّة بيعه وشرائه وسائر عقوده التي تضرّه والتي تنفعه" (المجموع شرح المهذّب ٩: ١٥٥)

(٢) بيعه صحيح عند الحنفيّة إن لم يكن غالب كلامه هذيانا. قال ابن أمير حاج: "المراد أن يكون غالب كلامه هذياناً، فلو نصفه مستقيماً، فليس بسكر، فيكون حكمه حكم الصّحاة في إقراره بالحدود وغير ذلك." (التقرير والتحبير ٢: ١٩٤)

(٣) حكاه عنه الحطّاب في مواهب الجليل ٤: ٢٤٢

(٤) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٤١ و٢٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٧- البيع من قِبل الشّخصيّة المعنويّة

قدشاع في عصرنا اصطلاح "الشّخصيّة المعنويّة". وقد يُقال لها "الشّخصيّة الحُكميّة" أو "الشّخصيّة الاعتباريّة". والمراد منها جهةٌ ليست شخصاً حقيقيّاً، ولكن تؤول حقوقُها وفرائضُها إلى مجموعة من الأشخاص الحقيقيّين، فأُعطِيَ لها حكمُ الشّخص الحقيقيّ في أنّها تتملّك الأشياء وتُملّكُها وتكون دائنةً ومديونةً. وإنّ فكرةَ هذه الشّخصيّة منبثقةٌ من مبدأ منطقيّ معروف، وهو أنّ مجموعةَ أفرادٍ لها وجودٌ حكميٌّ مستقلٌّ عن وجود الأفراد. ويكون لهذه الشّخصيّة المعنويّة ممثّلٌ يعقِد البيعَ والشّراءَ والإقراضَ والاستقراضَ نيابةً عنها. فإذا اعترف القانون بكونها شخصيّةً حكميّة، يُقال لها "الشّخصيّة القانونيّة" (juristic person or juristic entity) أيضاً. فـ "الشّخصيّة المعنويّة" عامٌّ، و "الشّخصيّة القانونيّة" خاصٌّ.

وبما أنّ هذا الاصطلاح ليس له ذكرٌ في أكثر كتب الفقه القديمة، فقد زعم بعضُ العلماء المعاصرين أنّ مثلَ هذه الشّخصيّة لااعتبارَ لها في الشّريعة أصلاً. والواقعُ أنّ هذا التّصوّر، وإن كان غيرَ مذكور في أكثر كتب الفقه بهذا الاسم والاصطلاح، فإنّ مدلولَه غيرُ أجنبيّ عن الفقه الإسلاميّ. وله عدّةُ نظائر:

٥٨- كون بيت المال شخصيّة معنويّة

النّظير الأوّل: بيتُ المال. فإنّه ليس مملوكاً لأحد، بل فيه شركةُ حقٍّ لجميع أفراد الأمّة. وإنّ بيت المال يتملّك ويُملّك، ويستدين، ويُستدان.

ويدلّ على ذلك ما قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

www.besturdubooks.wordpress.com

"وبيت المال يثبت له وعليه حقوقٌ مجهولة "[١]

وليس معنى ثبوت الحقوق له وعليه إلا أنّه يصح كونه دائناً و مديونا، وهو معنى كونه شخصاً معنوياً.

وقال السرخسيّ رحمه الله تعالى في موضع آخر:

"إذا احتاج الإمامُ إلى إعطاء المقاتِلة، ولامالَ في بيت مال الخرج، صرَف ذلك من بيت مال الصدقة، وكان ديناً على بيت مال الخرج، لأنّ الصدقة حقُّ الفقراء والمساكين. فإذا صرف الإمامُ منها إلى غير ذلك للحاجة، كان ذلك ديناً لهم على ما هو حقُّ المصروف إليهم، وهو مالُ الخراج."[٢]

وأصرحُ منه ما جاء في الفتاوى الهنديّة:

"فعلى الإمام أن يجعل بيت المال أربعةً، لكلّ نوعٍ بيتًا، لأنّ لكلّ نوعٍ حكماً يختصّ به، لا يشاركه مالٌ آخرُ فيه، فإن لم يكن في بعضها شيءٌ، فللإمام أن يستقرضَ عليه ممّا فيه مالٌ، فإن استقرض من بيت مال الصدقة على بيت مال الخراج، فإذا أخذ الخراجَ يقضي المستقرَضَ من الخراج، إلا أن يكون المقاتلةُ فقراء؛ لأنّ لهم حظّاً فيه، فلا يصير قرضاً، وإن استقرض على بيت مال الصدقات من بيت مال الخراج وصرَفه إلى الفقراء، لا يصير قرضاً عليهم، لأنّ الخراجَ له حكمُ الفيءِ والغنيمة وللفقراء حظٌّ فيها، وإنّما لا

---

(١) المبسوط للسّرخسيّ ١٤: ٣٣ كتاب الصّرف، باب البيع بالفلوس.

(٢) المبسوط للسّرخسيّ ٣: ١٨ كتاب الزكوة، باب ما يُوضع فيه الخُمس.

www.besturdubooks.wordpress.com

يُعطَى لهم لاستغنائهم بالصدقات."[1]

وهذا يدلّ على أنّ بيت المال و أنواعه المختلفة تُصبح دائنةً ومدينة. وظاهرٌ أنّ كونَ الفقراء لهم الحقُّ في بيت مال الصدقة لايعني أنّ فئةً معيّنةً منهم يملكونه. وإنّما المقصود أنّ بيتَ المال يملكُ مالَ الصدقة بصفة كونه شخصاً حكمياً يُمثّل الفقراء لا على التعيين.

فإن قيل: إنّ من شرائط صحة العقد أن يكون المتعاقدان عاقلَين مميّزين، والشّخص المعنويّ ليس كذلك، فكيف يتعاقد مع الأشخاص الحقيقيّين؟ فالجواب أنّ الّذي يُشترط فيه العقل والتّمييز هو إنشاء العقد بتلفّظ الإيجاب والقبول أو بالتّعاطي. وحينما يُنشَأ عقدٌ لشخصٍ معنويٍّ، فإنّ ممثّله، مثل الوالي في بيت المال. هو الّذي يُباشر ذلك نيابةً عن الشّخص المعنويّ الّذي هو بيتُ المال. وإنّه مثلُ وليّ اليتيم في إجراء التّصرّفات بالنّيابة عنه. وقد صرّح بذلك سيّدنا عمر بن الخطّاب رضي الله تعالى عنه فيما أخرجه سعيد بن منصور عن أبي الأحوص، عن أبي إسحق، عن البراء رضي الله تعالى عنه، قال: قال لي عمر:

"إنّي أنزلتُ نفسي من مال الله بمنزلة وليّ اليتيم. إن احتجتُ أخذتُ منه، وإن أيسرتُ، رددتُه، وإن استغنيتُ، استعففتُ."[2]

---

(١) الفتاوى الهندية ١: ١٩١، كتاب الزكوة، الباب ٧

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى في ترجمة يرفأ حاجب عمر رضي الله تعالى عنه. (الإصابة، القسم الثالث من حرف الياء ٣: ٦٧٣) وأخرجه أيضا ابن سعد في طبقاته ٣: ٢٥٦ في ذكر استخلاف عمر رضي الله تعالى عنه، وابن عساكر في تاريخ دمشق، ترجمة عمر بن الخطّاب رضي الله تعالى عنه ٤٤: ٢٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com

فجعل سيّدُنا عمر رضي الله تعالى عنه مالَ بيت المال "مال الله" لأنّه ليس مِلكاً لأحد، وفيه حقٌّ لسائر أفراد الأمّة. فجعل بيتَ المال بمنزلة اليتيم حُكماً، وجعل نفسه بمنزلة وليّ اليتيم.

٥٩- كون المسجد شخصيّة معنويّة

والنّظير الثّاني: هو المسجد. وقد ذكر الفقهاءُ أنّ المسجد أهلٌ للتّملّك. قال الخُرشيّ رحمه الله تعالى:

"يُشير بهذا إلى أنّ الموقوفَ عليه يُشترط فيه أن يكون أهلاً للتّملّك حُكماً كالمسجد، أو حِسّاً، كالآدميّ."(١)

ولامعنى لكونه أهل التّملّك حكماً أنّه في حُكم الآدميّ في كونه أهلاً للتّملّك. والتّملّك من لوازمه أن يكون صالحاً لكونه دائناً ومديناً. وقال الرّمليّ رحمه الله تعالى من الشّافعيّة:

"قال أوصيتُ به للمسجد، وإن أراد تمليكَه لما مرّ في الوقف أنّه حُرٌّ يَمْلِك، أي منزّلٌ منزلتَه."(٢)

وهذا تصريحٌ منه رحمه الله تعالى بأنّ المسجدَ منزّلٌ منزلةَ الشّخص الحُرّ في أهليّته للتّملّك. ولا معنى للشّخصيّة المعنويّة إلاّ ذلك.

وكذلك جاء في الفتاوى الهنديّة:

---

(١) الخرشيّ على مختصر سيّدي خليل ٧: ٨٠

(٢) نهاية المحتاج، كتاب الوصايا والوديعة، ٦: ٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

"ولو قال وهبتُ داري للمسجد أو أعطيتُها له، صحّ ويكونُ تمليكاً، فيُشترطُ التّسليم، كما لو قال: وقفتُ هذه المائة للمسجد، يصحّ بطريق التّمليك إذا سلّمه للقيّم."[1]

وجاء فيها أيضاً:

"إنّ متولّيَ المسجد إن اشترى من غلّة المسجد داراً أو حانوتاً، فهذه الدّار أو الحانوت هل تلتحق بالحوانيت الموقوفة على المسجد؟ ومعناه أنّه هل تصيرُ وقفاً؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى. قال الصّدر الشّهيد رحمه الله تعالى: المختارُ أنّها لا تلتحق، ولكن تصير مستغلاً للمسجد."[2]

وجاء فيها أيضاً:

"مالٌ موقوفٌ على سبيل الخير وعلى الفقراء بغير أعيانهم، ومالٌ موقوفٌ على المسجد الجامع، واجتمعت من غلاّتها، ثمّ نابت الإسلامَ نائبةٌ، مثل حادثة الرّوم، واحتيج إلى النّفقة في تلك الحادثة. أمّا المال الموقوفُ على المسجد الجامع إن لم تكن للمسجد حاجةٌ للحال، فللقاضي أن يصرفَ في ذلك، لكن على وجه القرض، فيكونُ ديناً في مال الفيئ."[3]

وفيه صراحةٌ لكون المسجد دائناً، وبيت مال الفيئ مديناً.

---

(١) الفتاوى الهندية ٢: ٤٦٠ كتاب الوقف، باب ١١

(٢) الفتاوى الهندية، ٢: ٤١٧ و٤١٨ الباب الخامس من الوقف

(٣) الفتاوى الهندية، كتاب الوقف، آخر الباب الحادي عشر ٢: ٤٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com

٦٠- كون الوقف شخصيةً معنويةً

والنظير الثالث: الوقف، فإنه أهلٌ للتملك والتمليك، وكونه دائناً ومديوناً. ويظهر ذلك من بقية عبارة الهندية المذكورة آنفاً المتعلقة بصرف غلة الوقف لنائبة، وهي:

"وأما المالُ الموقوفُ على الفقراء، فهذا على ثلاثة أوجه...وفي القسم الثاني يُصرف على وجه القرض، فيصير ديناً في مال الفيئ. كذا في الواقعات الحُسامية."[1]

وقد يُستشكل أنّ الفقهاءَ الحنفيةَ ذكروا أنّ الوقف لا ذمّةَ له، فإنه بظاهره نفيٌ صريحٌ لكون الوقف شخصيةً معنويةً. ولكن لو تأملنا السّياق الّذي وقع فيه نفيُ الذّمة للوقف، لتبيّن أنّهم ذكروا ذلك على سبيل إشكالٍ عقليٍّ على الاستدانة على الوقف. وأنّ هذا مقتضى القياس، ولكنّهم أجازوا بعد ذلك الاستدانةَ على الوقف بشروطٍ للضّرورة، ومعنى ذلك أنّهم أقرّوا ذمّتَه استحساناً للضّرورة. جاء في الدّر المختار: "لا تجوز الاستدانةُ على الوقف إلاّ إذا احتيج إليه لمصلحة الوقف إلخ". وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى تحته:

"(قوله: لا تجوز الاستدانة على الوقف) أي إن لم تكن بأمر الواقف. وهذا بخلاف الوصيّ؛ فإنّ له أن يشتريَ لليتيم بنسيئة بالاضرورة، لأن الدَّين لا يثبت ابتداءً إلّا في الذّمّة، واليتيمُ له ذمّةٌ صحيحةٌ. وهو معلوم فتُتصوّرُ مطالبتُه. أمّا الوقف فلا ذمّةَ له. والفقراءُ وإن كانت لهم ذمّةٌ لكن لكثرتهم لا تُتصوّر مطالبتُهم، فلا يثبت إلّا على القيّم، وما وجب عليه لا يملك قضاءَه

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢: ٤٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com

من غلّة للفقراء، ذكره هلال."

وهذا إشكالٌ عقليٌّ يُوجِب أن لا يجوز الاستدانةُ للوقف في حالٍ من الأحوال، وأن لا يجوزَ للقيّم إذا استدان للوقف أن يرجع على غلّةِ الوقف. ولكن قال ابن عابدين رحمه الله تعليقاً عليه:

"وهذا هو القياس، لكنّه تُرك عند الضّرورة كما ذكره أبو اللّيث، وهو المختار أنّه إذا لم يكن من الاستدانة بُدٌّ تجوز بأمر القاضي إن لم يكن بعيداً عنه."[١]

وما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى اتّفق عليه الفقهاء المتأخّرون من جواز الاستدانة للوقف عند الحاجة بشروط. وليس معنى ذلك إلّا أنّ قياسَ كونِ الوقف لا ذمّةَ له تُرِك لمصلحة الوقف، فاعتُبرت للوقف ذمّةٌ. ثمّ إنّ بعضَ الفقهاء حاولوا أن لايخرُجوا من قياس كون الوقف لا ذمّةَ له بقدر الإمكان، ففسّروا جوازَ الاستدانة عند الضّرورة بأنّ الّذي يستدين هو القيّم، وهو الّذي يقضِي الدَّينَ من ماله، ثمّ يرجعُ على غلّة الوقف. ولعلّهم اختاروا هذا الطّريقَ ليكونَ الدائنُ والمدينُ هو القيّم، لا الوقف. ولكنّ هذا التّوجيه فيه إشكالان قويّان:

الأوّل: أنّه لو تقرّر أنّ الدّينَ في ذمّة النّاظر، وليس في ذمّة الوقف، فلو عُزل ذلك النّاظر وجاء ناظرٌ آخر، فلا يُمكن مطالبةُ النّاظر الثّاني، ويجب أن تتّجهَ المطالبةُ دائماً إلى النّاظر الأوّل الّذي عَقَد الاستدانة. ولو مات، تَنتقلُ المطالبةُ إلى ورثته، وهذا باطلٌ بداهةً.

---

(١) رد المحتار مع الدر المختار ١٣: ٦٦٦ و٦٦٧ فقره ٢١٧٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

والإشكالُ الثّاني: أنّ هؤلاء الفقهاء متّفقون على أنّه إذا أدّى النّاظرُ الدّينَ إلى الدّائن من ماله، فإنّه يحِقّ له الرُّجوعُ على غلّة الوقف. وهذا يُنافي كونَه لا ذمّة له، لأنّ القياس الّذي ذكره هلال رحمه الله تعالى (والّذي نقلناه عن ابن عابدين رحمه الله تعالى) يُصرّح بأنّ الدّينَ لا يثبت إلّا على القيّم، "وما وجب عليه لا يملك قضاءه من غلّة للفقراء." فلمّا ثبت له الرّجوعُ على غلّة الوقف، فليس ذلك إلّا لأنّه مدينٌ للنّاظر، فانتقض القولُ بأنّه لا ذمّة له.

ومن الفقهاء مَن لم يذهب إلى هذا التّأويل، بل جعل الوقفَ نفسَه مديناً بصفة مباشرة. ويتبيّن ذلك ممّا ذُكر في تنقيح الحامدية:

> "في ناظرٍ على مسجد، وللمسجد وقفٌ. فأذِن النّاظر لحصْريٍّ أن يكسُوَ المسجد، ويكونَ ثمنُ الحصير من رَيع الوقف، ففعل وعُزل النّاظر. ثمّ تولّى ناظرٌ، وهو إلى الآن ناظر، والحالُ أنّ النّاظر الأوّلَ لم يتناولْ من ريع الوقف شيئاً، فهل يلزم النّاظرَ الثّانيَ تخليصُ حقِّ الحصْريِّ لأنّ حقَّه معلّقٌ بريع الوقف؟، أم يلزمُ النّاظرَ الأوّلَ. الجواب للشّيخ ناصر الدين اللّقانيّ: يلزم النّاظرَ الثّانيَ تخليصُ حقِّ الحصريِّ، ودفعُه له من رَيع الوقف، ولا يلزم ذلك النّاظرَ الأوّلَ، حيث عُزل. ووافقه سيّدي الجدّ والشّيخ تقيّ الدين الحنبلي تغمّدهما الله تعالى برحمته. فتاوى الشّلبي من الوقف."[1]

وهذا يدلّ على أنّ الثّمن كان في ذمّة الوقف منذ البداية، وكان النّاظرُ الأوّل عاقداً بالنّيابة عنه، ولمّا جاء النّاظرُ الآخر، والدَّينُ باقٍ في ذمّة الوقف، وجب على النّاظر الثّاني

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية، كتاب الوقف ١: ٢٢٢ و ٢٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

تخليصه، لأنّه الآن متولٍّ للوقف، رغمَ أنّه لم يكن طرفاً في الاستدانة.

والحاصلُ أنّ إجازةَ الاستدانة على الوقف، بأيّ شرطٍ كان وفي أيّ حالٍ كان، اعترافٌ بأنّ له ذمّةً في تلك الحالة، وأنّه يُصبح مديناً، وهذا هو معنى كونه شخصيّةً معنويّة.

ويتّضح من هذه النّظائر أنّ تصوّر الشّخصيّة المعنويّة أو الحُكميّة، وإن لم يُذكر بهذا الاسم (إلاّ في عبارة الرّمليّ رحمه الله تعالى) ولكنّ مدلوله موجودٌ في عدّة مسائل فقهيّة.

فإن وقع عقدٌ من شخصيّة حكميّة، فلا يُمكنُ أن يكون إنشاءُ العقد من قِبلها لكونها شخصيّةً اعتباريّةً لا تعبيرَ لها. فإنّ الّذي يقومُ بإنشاء العقد نيابةً عنها هو الشّخصُ الحقيقيّ المخوّلُ بذلك شرعاً أو عُرفاً. فالمخوّل بذلك في بيت المال هو الإمامُ أو مَن خوّله الإمامُ بذلك، وفي المسجد والأوقاف الأخرى المتولّي أو النّاظر. ولكنّهم يَعقِدون بالنّيابة عن تلك الشّخصيّة المعنويّة، ولذلك ترجع آثارُ العقد وحقوقُه والتزاماتُه إلى تلك الشّخصيّة المعنويّة، وليس إلى الشّخص الحقيقيّ الّذي تولّى العقد. وهذا مثلُ وليّ الصّبيّ، كما ذكره سيّدنا عُمر بن الخطّاب رضي الله تعالى عنه في قوله الّذي ذكرناه في بداية هذا البحث.

وقد كثُرت في القوانين الوضعيّة المعاصرة الشّخصيّاتُ المعنويّة، مثلُ الشّركات المُساهمة (joint stock companies)، والجهات الاجتماعيّة الأخرى (corporations). وإنّ إنشاءَ العقود من قِبلها إنّما يتمّ من قِبل الذين فُوّض إليهم الحقُّ في ذلك.

www.besturdubooks.wordpress.com

٦١- تنبيه:

ما ذكرناه في موضوع الشّخصيّة المعنويّة يقتصر على بيان حُكمها في إنشاء العقود، وكونها صالحةً للتّملّك، وكونها دائنةً أو مدينةً. وإنّ القوانين الوضعيّة قد أعطتْها خصائصَ أخرى، وليس المرادُ من الاعتراف بوجودها المعنويِّ أنّ إثباتَ جميع الخصائص الّتي تمنحها القوانين الوضعيّة مقبولةٌ شرعاً، بل تجب دراستُها مستقلّةً حسبَ مبادئ الشّريعة الإسلاميّة وأحكامها، وليس هذا موضعَ تفصيلها. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٦٢- بيع العبد

و حُرّيّةُ المتعاقدين ليست بشرطٍ لصحّة العقد، فيجوزُ بيعُ العبد وشراؤُه إذا كان مأذوناً من قِبَل مولاه. وينطبق عليه أحكامُ الصّبيِّ المأذون حسبما ذكرناه من قبل، غيرَ أنّه ليس في صحّة بيعه خلافٌ للإمام الشّافعيِّ رحمه الله تعالى، كما كان في الصّبيِّ المميّز. وإنّ مأذونيّةَ العبد تتقيّد عنده بما قيّده المولى على رأي زفر والحنابلة في الصّبيّ.

www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام بيع غير المسلمين

٦٣- بيع غير المسلمين

وكذلك لايشترط لصحة البيع إسلامُ المتعاقدين. فيصح البيعُ والشّراءُ من غير مسلم، سواء أكان ذمّيًا، أم حربيًا، أو مستأمنًا.

ولكن منع بعضُ الفقهاء من مُبايعته لبعض لعوارض، لا لكونه غيرَ أهلٍ للتّعاقُد. وإنّ هذه العوارضَ إمّا لكون العقد يؤدي إلى إذلال مسلم، أو إهانة مقدّسات إسلامية، أو إعانة المحارب على محاربته للمسلمين، أو معارضة المصالح السّياسيّة للإسلام والأمة المسلمة. ولنتكلم على كلّ واحدٍ منها بشيءٍ من التّفصيل. والله سبحانه هو الموفق:

٦٤- بيع العبد المسلم من الكافر

أمّا البيعُ الّذي منعه بعضُ الفقهاء من أجل أنّه يؤدي إلى إذلال مسلم، فهو بيعُ العبدِ المسلمِ من الكافر. و فيه اختلافٌ بين الفقهاء، ولكن لا داعيَ لتفصيل مذاهبهم وأدلّتهم هنا، لأنّه لايوجد اليوم عبيد وإماء بطريقة شرعيّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

٦٥- بيع المصحف من غير مسلم

أمّا منعُ البيع من غير المسلمين لما فيه من إهانة المقدّسات الإسلاميّة، فيندرج فيه بيعُ المصحفِ وكتبِ التّفسير والحديث والفقه من غير مسلم. فقال الشّافعيّ: بيعُ المصحف من الكافر باطل؛ وهو قول الحنابلة. أمّا الحنفيّة والمالكيّة، فقالوا: البيعُ صحيحٌ، ويؤمَر بإخراجه عن ملكه.[١]

قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وعلى هذا الخلاف الكافرُ إذا اشترى مصحفاً، لا يصحّ الشّراؤ عند الشّافعيّ، لأنّه يستخِفّ به فيرجع ذلك إلى إذلال المسلمين. وعندنا يصحّ شراؤه، لأنّه ليس في عين الشّراء من إذلال المسلمين شيء، وكلامُنا في هذا الفصل أظهر، فالكافرُ لا يستخِفّ بالمصحف، لأنّه يعتقد أنّه كلامٌ فصيحٌ وحِكَمُه بالغة، وإن كان لا يعتقد أنّه كلامُ الله عزّ وجلّ فلا يستخِفّ به، ثمّ يُجْبَر على بيع المصحف، لأنّه لا يعظّمُه كما يجب تعظيمُه، وإذا تُرك في مِلْكه يمسُّه وهو نجس، وقال الله تعالى: إنّما المشركون نجَسٌ (التّوبة: ٢٨) وقال الله تعالى في القرآن: لَا يَمَسُّهُ إلّا الْمُطَهَّرُونَ (الواقعة: ٧٩) فلهذا يُجبر على بيعه من المسلمين."

والأصلُ في هذا الباب حديثُ عبدالله بن عمر رضي الله عنه:

"أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدوّ."

---

(١) المهذب، ٢٦٧:١ والمغني لابن قدامة ١٧٨:٤ والمبسوط للسرخسي ١٣٣:١٣ والدسوقي على شرح مختصر خليل ٧:٣

www.besturdubooks.wordpress.com

أخرجه البخاري، وأخرجه مسلم، وزاد: "فإنّي لا آمنُ أن ينالَه العدوّ."[١] فحذّر رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن وقوع المصحف بأيدي الكفّار. وعلّله أكثرُ الفقهاء بأنّه يُخشى منهم إهانته. ولكن علّله الطحاويّ رحمه الله تعالى بعلّة أخرى، كما حكى عنه السّرخسي، حيث قال في شرح هذا الحديث:

" تأويله: هذا أن يكونَ سفرُه مع جريدة خيلٍ لا شوكةَ لهم. هكذا ذكر محمّد رحمه الله تعالى. وذكرالطحاويّ أنّ هذا النّهيَ كان في ذلك الوقت، لأنّ المصاحفَ لم تكثُرْ في أيدي المسلمين، وكان لايؤمَن إذا وقعت المصاحف في أيدي العدوّ أن يفوتَ شيءٌ من القرآن من أيدي المسلمين، ويؤمَن من مثله في زماننا، لكثرة المصاحف وكثرة القرّاء. قال الطّحاوي: ولو وقع مصحفٌ في يدهم لم يستخفّوا به، لأنّهم وإن كانوا لايُقِرّون بأنّه كلام الله، فهم يُقِرّون بأنّه أفصحُ الكلام بأوجزِ العبارات وأبلغ المعاني فلا يستخِفّون به، كما لا يستخِفّون بسائر الكتب. لكنّ ما ذكره محمّدٌ أصحّ، فإنّهم يفعلون ذلك مغايظةً للمسلمين؛ وقد ظهر ذلك من القرامطة حين ظهروا على مكّة جعلوا يستنجُون بالمصاحف إلى أن قطع الله دابرَهم. ولهذا مُنع الذمّيّ من شرى المصحف وأُجبر على بيعه، كماأُجبر على بيع العبد المسلم."[٢]

ويظهر من التّعليلات التي ذكرها الفقهاء أنّ المنْعَ لما يُخشى منهم من إهانة المصحف، واستنبطوا من ذلك منعَ تمكّنهم من تملّك المصحف. ثمّ إنّ الشّافعيّة

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب١٢٩، وصحيح مسلم،كتاب الإمارة باب ٢٤

(٢) شرح السير الكبير للسرخسي ١:٢٠٥، فقرة٢٤٦

والحنابلة جعلوا مجرّد تملكهم في حكم الإهانة، وأمّا الحنفيّة والمالكيّة، فلم يروا إهانةً في مجرّد تملكهم، ولكن أمروهم بإزالة الملك، لأنّ بقاءَ المصحف في أيديهم ربّما يؤدّي إلى الإهانة، فإنّهم لايعظّمونه كما هو حقّه، ويمسّونه بدون طهارة. ولكنّ هذا التّعليلَ الّذي ذكره الحنفيّة على وجه الخصوص يدلّ على أنّه إذا وقع الأمنُ من هذه المحظورات، فلا مانعَ من بقاءه في أيديهم إذا رُجي منهمُ الإسلام. ولذلك جوّز الحنفيّة والشّافعية[1] تعليمَ الكافرِ القرآن. قال الإمام محمّد في السّير الكبير:

"وإذا قال الحربيّ أوالذمّيّ للمسلم: علّمني القرآن، فلابأسَ بأن يُعلّمه أو يفقّهه في الدين. لعلّ الله يقلّب قلبه."

وقال السّرخسيّ في شرحه:

"ألا ترى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم كان يقرأ القرآن على المشركين، وبه أمر. قال الله تعالى: يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ [المائدة : ٦٧]... وفي حديث عثمان رضي الله عنه أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: خيرُ النّاس مَنْ تعلّم القرآنَ وعلّمه. ولم يفصِلْ بين تعليم المسلمين وتعليم الكفّار. وإذا كان يُندب إلى تعليم غير المخاطَبين رجاءَ أن يعملوا به إذا خوطبوا، فلأن يُندب إلى تعليم المخاطبينَ رجاءَ أن يهتدوا به ويعملوا كان أولى."[2]

---

(١) روضة الطالبين ١٠:٣١١ والبجيرمي على شرح منهج الطلاب للعلامة زكريا الأنصاري ١:٤٧ وفتح الباري ٦:١٠٧

(٢) المرجع السابق

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال الطحاوي رحمه الله تعالى:

"ذكر محمد عن أبي حنيفة أنه لابأس بتعليم الحربي والذمي القرآن والفقه، ولم يذكر خلافا...روى حماد بن سلمة عن حبيب المعلم قال: سألت الحسن : أعلم أولاد أهل الذمة القرآن؟ قال: نعم، أليسوا يقرأون التوراة والإنجيل، وهو من كتاب الله؟. قال أبو جعفر: قال الله تعالى: وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ "الآية.(التوبة:٦) وروى شعيب ابن أبي حمزة عن الزهري عن عروة أن أسامة بن زيد أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بمجلس فيه عبدالله بن أبي ابن سلول، وذلك قبل أن يسلم عبدالله بن أبي ابن سلول، فإذا في المجلس عبدالله بن أبي، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الله تعالى وعلمهم القرآن."[1]

وأما مس الكافر المصحف، فجوزه الإمام محمد بعد الاغتسال. قال الكاساني رحمه الله تعالى:

"وروى عن أبي يوسف أنه لايترك الكافر أن يمس المصحف، لأن الكافر نجس، فيجب تنزيه المصحف عن مسه. وقال محمد: لابأس به إذا اغتسل. لأن المانع هوالحدث، وقد زال بالغسل؛ وإنما بقي نجاسة اعتقاده، وذلك في قلبه لافي يده."[2]

---

(١) مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤٩٢

(٢) بدائع الصنائع، آداب الوضوء ١: ٣٧ وراجع أيضا البحر الرائق ٨: ٢٣١ ورد المحتار ٥: ٥٩٢ فقره ١٥٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

ويؤيِّد قولَ الإمامِ محمّد رحمه الله تعالى ما رُوِيَ عن أنس بن مالك رضي الله عنه في قصّة إسلام عمربن الخطاب رضي الله عنه. وفيها:

" فلمّا يئس عمر قال: أعطوني هذا الكتابَ الّذي عندكم فأقرأه:...فقالت أختُه: إنّك رِجْسٌ، ولا يمسّه إلا المطهّرون، فقُمْ فاغتسِلْ أو توضّأ. قال: فقام عمر، فتوضّأ ثمّ أخذ الكتاب، فقرأ "طه" حتّى انتهى إلى قوله: إِنَّنِي أَنَا اللَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدْنِي وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي (طه: ١٤)"[١]

رواه ابن سعد عن إسحاق بن يوسف الأزرق، وهو ثقةٌ من رجال الجماعة،[٢] غير أنّه يرويه عن القاسم بن عثمان البصري، وثّقه ابن حبّان وضعّفه آخرون.[٣]

ويتحصّل من مجموع ما ذكرنا أنّه إذا رُجِيَ من كافرٍ الإسلامُ، وأنّه يؤمَن منه الإهانةُ، فلا مانعَ على قول محمّد رحمه الله تعالى أن يُترك المصحفُ بيده. فما ذُكر من قول الحنفيّة القائلين بجواز بيع المصحف من الكافر أنّه يُجبر على إزالة ملكه عنه محمولٌ على عامّة الأحوال الّتي لا يؤمَن منه فيها الإهانة. فينبغي أن تكون الحالةُ الّتي يؤمَن منه ذلك مستثناةً من هذا الحكم.

هذا حكمُ المصحف العربيّ. أمّا تراجمُ القرآن الكريم والتّفاسير، فقد أدخلها بعضُ الفقهاء في حكم المصحف، وكذلك كتبَ الحديث والفقه على اختلافٍ بينهم في

(١) طبقات ابن سعد ٣:٢٤٨

(٢) تهذيب التهذيب ١:٢٥٧

(٣) ميزان الاعتدال للذهبي ٤: ٥٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

صحة البيع.[١] والأمرُ في هذه الكتب أهون، لأنّه يجوز مسّها بدون طهارة، فلا وجهَ لمنع إبقاءها بيد الكافر إلاّ خشيةُ إهانتها منه. فإذا وقع الأمنُ من ذلك، ينبغي ألاّ يُمنع من تملّكها، وخاصّةً إذا رُجِيَ منه أن يميل إلى الإسلام بالاطّلاع على ما فيها من محاسن. والله سبحانه أعلم.

٦٦- بيع السّلاح من غير المسلمين

أمّا البيعُ الّذي لايجوز من الكافر لمافيه من إعانته على محاربته للمسلمين، فهو بيعُ السّلاح إلى الحربيّ. وقد اتّفق الفقهاءُ على حُرمته، لما فيه من تقويتهم على محاربة المسلمين. ثم اختلفوا: هل ينعقد هذا البيعُ أو يبطل؟ فالمذهب الرّاجح عند الشافعيّة والحنابلة: أنّ بيعَ السلاح من أهل الحرب باطل.[٢] أمّا الحنفيّة، فالظّاهر من عبارة الهداية أنّ البيعَ ينعقد رغْم كونه لايجوز، ونصّها:

> "ولا ينبغي أن يُباع السّلاحُ من أهل الحرب، ولا يُجهّز إليهم ...لأنّ فيه تقويتَهم على قتال المسلمين، فيُمنع من ذلك، وكذا الكُراع، لما بيّنّا، وكذا الحديد لأنّه أصلُ السّلاح."[٣]

والظّاهر من هذه العبارة أنّ المسلمين يُمنعون من البيع، وإن كان البيعُ منعقداً. ولو انعقد البيعُ لايُترك أهلُ الحرب أن يحملوا الأسلحةَ المشتراة إلى دارهم. وقد صرّح به السّرخسيّ رحمه الله تعالى حيث قال:

---

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ١:٢٠٦٠ الفروع لابن مفلح، ٤:٣٢ والدسوقي ٣:٧ وروضة الطالبين ٣:٣٤٤

(٢) المجموع شرح المهذب، ٩:٣٣٥ الوسيط للغزالي، ٣:٦٩ والإنصاف للمرداوي ٤:٣٢٧

(٣) فتح القدير ٥:٤٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

"وإذا أراد الحربيُّ المستأمن أن يرجع إلى دار الحرب، لم يُترك أن يُخرجَ معه كُراعاً وسلاحاً أو حديداً أو رقيقاً اشتراهم في دار الإسلام، مسلمين أو كُفّاراً، كما لا يُترك تُجّارُ المسلمين ليحملوا إليهم هذه الأشياء. وهذا لأنّهم يتقوّون بها على المسلمين "[1]

وهو مذهب المالكيّة. قال الموّاق:

"قال مالك: لا يُباع من الحربيّ سلاحٌ ولا سروج ولا نُحاس. قاله أبو إسحاق. ومن باع ذلك منهم بِيعَ على من اشتراه على قياس النّصرانيّ يشتري المسلم. ابن حبيب. وسواءٌ كانوا في هُدْنة أو غيرها."[2]

و ذكر الطّحاويّ رحمه الله تعالى أنّه لايجوزُ مفاداةُ أسرى المسلمين بالسّلاح،[3] لأنّ العلّة تقويتهم على قتال المسلمين، فتمليكُهم السّلاحَ بأيّ طريقٍ كان في حكم البيع.

وأمّا الحديد، فيجوز بيعُه إليهم عند الشّافعيّة إذا لم يتعيّن استخدامُه في صنعة السّلاح.[4] وقال الحنفيّة: يُكره بيعه أيضاً.[5] والحاصل أنّ ما يُستخدم في القتال في غالب الظّنّ، فإنّه في حُكم السّلاح في عدم جواز البيع إليهم.

ثمّ عمّم الفقهاءُ هذا الحكمَ في جميع أهل الحرب، وإن كانوا في حالة الهُدنة

(١) مبسوط السرخسي ١٠: ٩٢

(٢) التاج والإكليل للمواق ٤: ٢٥٤

(٣) مختصر اختلاف الفقهاء ٣: ٤٨١

(٤) مغني المحتاج ٢: ١٠

(٥) ردالمحتار ١٣: ١٥٤ فقره ٢٠٦١٨، وبدائع الصنائع ٧: ١٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

والموادعة، كما تقدّم في عبارة المواق؛ وبمثله صرّح صاحب الهداية. والظاهر أنّ هذا لاينطبق على المعاهدين من الكفار إذا بيعت إليهم الأسلحة لقتال عدوّ مشترك بيننا وبينهم. وذلك لأنّ بيع السّلاح إلى أهل الذمّة جائزٌ مالم يُخْشَ منهم أنّهم يُرسلونه إلى أعداء المسلمين.[1]

ويتبيّن ممّا ذكره الفقهاء في هذا الموضوع أنّ الأحكام تدورُ على مصلحة الإسلام و المسلمين، فما تعيّن ذريعةً لتقوية أهل الحرب ضدّ المسلمين فإنّه ممنوع، ومالم يكنْ كذلك فليس بمحظور، لأنّ الأمرَ في منع بيع السّلاح لايختصّ بالكافر، بل بيعُه ممنوعٌ من أهل البغي من المسلمين أيضاً بالاتفاق، لأنّه إعانةٌ لأهل البغي في محاربتهم أهلَ العدل، و يُمنع من بيع السّلاح من قُطّاع الطّريق واللّصوص، ولو كانوا مسلمين.[2] وكذلك الأمرُ لايختصّ بالسّلاح. بل كلّ ما يقوى أهل الحرب في محاربتهم للمسلمين لايجوز بيعُه منهم. ولذلك ذكر الفقهاء في بيع الطّعام من الحربيّين أنّه لايجوز في زمن الحرب. قال المواق رحمه الله تعالى:

"وأمّا الطّعام، فيجوز بيعُه منهم في الهُدنة. وأمّا في غير الهُدنة، فلا."[3]

وقال السّرخسي رحمه الله تعالى:

"ولابأس بأن يبيع المسلمون من المشركين ما بدا لهم من الطّعام والثّياب

---

(١) مغني المحتاج ٢: ١٠، وحواشي الشيرواني ٤: ٢٣٢

(٢) ردالمحتار، باب البغاة ١٣: ١٥٣ فقره ٢٠٦١٥

(٣) التّاج والإكليل للمواق بهامش الحطّاب ٤: ٢٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

وغير ذلك إلاّ السّلاح والكراع والسّبي، سواءٌ دخلوا إليهم بأمان أو بغير أمان.
ثمّ هذا الحكم إذا لم يُحاصِروا حصناً من حصونهم. فأمّا إذا حاصروا حصناً
من حصونهم، فلا ينبغي لهم أن يبيعوا من أهل الحصن طعاماً ولاشراباً
ولاشيئاً يُقوّيهم على المقام."(١)

فهذا كلّه يدلّ على أنّ المنع ليس لكون البيع منهم ممنوعاً في حدّ ذاته، بل المنعُ دائرٌ على مصلحة الإسلام والمسلمين في أحوال مختلفة. وينبغي أن يكون الأمرُ في مثل ذلك موكولاً إلى الإمام العادل. والله سبحانه أعلم.

٦٧- بيع العقارات من غير المسلمين في جزيرة العرب

أمّا منعُ البيع من غير المسلمين لمعارضة المصالح السّياسيّة للإسلام والمسلمين، فيدخل فيه بيعُ عقارات دارالإسلام إلى الكفّار. و يفترق فيه حكمُ جزيرة العرب من غيرها.

أمّا جزيرة العرب، فلايجوز شرعاً أن يمكّن الكفّار من استيطانهم إيّاها، أو من إقامتهم الطّويلة فيها. والأصل في هذا الباب حديثُ عمر رضي الله عنه أنّه سمع رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم يقول:

"لأخرجنّ اليهودَ والنّصارى من جزيرة العرب، فلا أترك فيها إلاّ مُسلماً."(٢)

---

(١) شرح السّير الكبير، باب هديّة أهل الحرب ٤: ١٢٤٢ و ١٢٤٣ فقره ٢٣٣٣ و ٢٣٣٤

(٢) سنن أبي داود، كتاب الخراج والفيئ و الإمارة، باب إخراج اليهود من جزيرة العرب، حديث ٣٠٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

ورُوِيَ عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بأسانيدَ صحيحة أنّه أوصى في مرض وفاته:

"أخرجوا المشركين من جزيرة العرب"(١)

وروى مالك في موطأه عن عمربن عبدالعزيز مرسلاً أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال:

"ألا! لا يَبْقَيَنّ دِينان بأرض العرب."(٢)

وأخرجه أحمد في مسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت:

"كان آخرُ ما عهد رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم أن قال: لايُترَكُ بجزيرة العرب دينان."(٣)

وبناءً على هذه الأحاديث، اتّفق الفقهاء على أنّه لايجوز للمسلمين أن يُمكّنوا غيرَ المسلمين من استيطان جزيرة العرب، أوإقامتهم بها إقامةً طويلة. ثم اختلفت أقوالهم في المراد من جزيرة العرب. فقال الحنفيّة والمالكيّة: إنّها تشمل الجزيرةَ كلَّها طُولاً وعَرْضاً، من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطُول، ومن جدّة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشّام. فيدخل فيها اليمن والبحرين، وما يتّصل بهما في شرق الجزيرة،

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب جوائز الوفد، حديث ٣٠٥٣

(٢) موطأ مالك، كتاب الجامع، ماجاء في إجلاء اليهود من المدينة

(٣) مسند أحمد، ٤٣: ٣٧١ برقم ٢٦٣٥٢ وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد، ٥: ٥٨٦ رقم ٩٦٦١ وقال: رواه أحمد والطبراني في الأوسط، ورجال أحمد رجال الصحيح غير ابن إسحاق وقد صرّح بالسماع.

www.besturdubooks.wordpress.com

وكذلك ماوراء خيبر إلى حدود الشام.[1]

وقال الشافعية والحنابلة: إنّ المراد من الجزيرة الحجازُ خاصة،[2] فلا يشمل النهيُ اليمن والبحرين والدول التي تسمى اليوم دُول الخليج. واستدلّوا على ذلك بما أخرجه أحمد عن أبي عبيدة رضي الله عنه قال:

"كان آخرُ ماتكلّم به رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم: أخرجوا يهودَ أهل الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب."[3]

ثمّ يجوز لغير المسلمين دخولُ مالا يجوز لهم استيطانُه من جزيرة العرب على اختلاف الأقوال لتجارةٍ أو نحوها بإذنٍ من الإمام. ولكن قال الشافعية والحنابلة والمالكيّة: إنّهم لايُمكَّنون من الإقامة فيها أكثرَ من ثلاثة أيام، أو أربعة أيام في موضع واحد،[4] إلاّ أن يمرَض أحدُهم فيُمْهَل إلى بُرئه من مرَضه، أو إذا دخل مع عروض التّجارة، فيُمهَل إلى أن يبيعَها في قول بعضهم. واستدلّوا لتحديد ثلاثة أيام بفعل عمر رضي الله عنه أنّه أجاز لهم الإقامة لثلاثة أيام، فقد أخرج الإمام محمّد رحمه الله تعالى في الموطأ عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: "أنّ عمر ضرب لليهود والنّصارى والمجوسِ بالمدينة إقامةَ ثلاثةِ أيام، يتسوّقون، ويقضُون

---

(١) فتح القدير ٥: ٣٠١، بدائع الصنائع ٧: ١١٤، مواهب الجليل للحطاب ٣: ٣٨١

(٢) المهذب ٢: ٧٥٧، وكشاف القناع ٣: ١٣٦

(٣) قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٥: ٥٨٦: رواه أحمد بإسنادين، ورجال طريقين منهما ثقات متصل إسنادهما، ورواه أبو يعلى.

(٤) المبدع لابن مفلح ٣: ٤٢٤، ونهاية المحتاج ٨: ٨٦، ومواهب الجليل ٣: ٣٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

حوائجهم، ولم يكن أحدٌ منهم يُقيمُ بعد ثلاث."[١]

أمّاالحنفيّة، فلم يقصُروا جوازَ إقامته بثلاثة أيّام، وإنّما منعوا من إقامته لمدّة طويلة، وحدّدها بعضُهم بسنة.[٢] أمّا تحديدُ سيّدنا عمر رضي الله عنه، فقد حمله الحنفيّة على الأقلّ كما ذكره شيخُنا العثمانيُ التّهانويّ رحمه الله تعالى في إعلاء السنن.[٣] والمذكورُ في الرّواية أنّ عُمر رضي الله تعالى عنه أجاز لهم ثلاثة أيّام، ولم يُذكَر أنّه حرّم أن يؤذَن لهم فوق ذلك. والظّاهر أنّه ليس هناك نصٌّ من القرآن والسّنّة يُحدّد أكثر مدّة لإقامة المستأمنين في دارالإسلام. وإنّ مثلَ هذه الأمور مبنيّةٌ على أوضاعٍ وظروفٍ يُمكن أن تختلف حسب اختلاف زمان ومكان. والأمرُ في ذلك موكولٌ إلى سياسةٍ عامّة تقتضيها تلك الأوضاع والظّروف.

وبما أنّهم يُمنعون من استيطان جزيرة العرب، على اختلاف الأقوال في تحديدها، فهل يحرُم بيع الدُّور والأراضي منهم في المناطق الّتي يُمنعون من استيطانها؟ لم أرَ ذلك صراحةً إلاّ في بعض كتب الشّافعيّة، حيثُ ذُكر فيها قولان. قال الشّربينيّ الخطيب رحمه الله تعالى تحت قول المنهاج: "ويُمنع كلُّ كافر من استيطان الحجاز." ما نصّه:

---

(١) الموطأ للإمام محمد رحمه الله تعالى، باب نزول أهل الذمّة مكّة والمدينة وما يكره من ذلك، ص ٢٨٤ وذكره الحافظ في التلخيص٢: ٥٥٤ وعزاه إلى الإمام مالك، وقال:صححه أبوزرعة. ولم نجده في نسخ الموطأ اليوم. وأخرجه البيهقيّ في سننه ٣: ١٤٨من طريق يحيى بن بكير عن مالك.

(٢) ردالمحتار، كتاب السير،فصل في الجزية،١٢: ٧٦٢فقره ٢٠١٧٤

(٣) إعلاء السنن ١٢: ٥٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

"فلو أراد الكافرُ أن يتّخذ داراً بالحجاز، ولم يسكُنْها ولم يستوطِنْها، لم يجز، لأنّ ما حرُم استعمالُه حرُم اتّخاذه."[1]

لكن علّق الرملي رحمه الله تعالى على نفس عبارة المنهاج بما يأتي:

"وأفهمَ كلامُه جوازَ شراءِ أرضٍ فيه لم يُقِمْ بها، وهو الأوجه، لكنّ الصّواب منعُه، لأنّ ما حرُم استعماله حرُم اتّخاذه، كالأواني وآلاتِ اللّهو، وإليه يُشير قولُ الشّافعي: ولا يتّخذ الذّمّي شيئاً من الحجاز داراً، وإن رُدّ بأنّ هذا ليس من ذاك."[2]

وأيّده الهيتمي رحمه الله تعالى بقوله:

"وأفهمَ كلامُهم أنّ له شراءَ أرضٍ فيه لم يُقِمْ بها، وهو متّجه، وإن قيل الصّوابُ منعه، لأنّ ماحرُم استعماله حرُم اتّخاذُه، ويُرد بأنّ هذا ليس من ذاك، كما هو واضح، إذ لايجرّ اتّخاذ هذا إلى استعماله قطعاً."[3]

والحاصل أنه لو أراد أحدٌ من غيرالمسلمين شراءَ أرضٍ للاستيطان أو للإقامة الطّويلة في جزيرة العرب، على اختلافٍ في تحديدها، فإنّه يُمنع من ذلك، ولا يجوز لمسلمٍ أن يبيع إليه. أمّا إذا أراد الشّراء لغرض آخر، مثلِ التّأجير، فقد اختلفت فيه أقوال المتأخّرين من الشّافعيّة، فرجّح بعضُهم المنع، وآخرون الجواز. والّذي يظهر لهذا العبد الضعيف عفا الله عنه أنّه إن خيف من مثل هذا البيع أنّه يجرّ إلى إقامتهم الطّويلة

---

(١) مغني المحتاج ٤:٢٤٦

(٢) نهاية المحتاج ٨:٨٥

(٣) تحفة المحتاج مع حواشي الشيرواني ٩:٢٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

في المآل، وإن لم يُريدوا ذلك في الحال، فيتعيّن المنع. وإن لم يُخشَ ذلك، فينبغي أن يُترك الفصلُ في ذلك إلى الإمام العادل، حتىَ يقضيَ بما فيه مصلحةٌ للإسلام والمسلمين. والله سبحانه أعلم.

٦٨- بيع العقارات من غير المسلمين في غير جزيرة العرب

أما في غير جزيرة العرب، فيجوز لغير المسلمين أن يستوطنوا بلداً من بُلدان المسلمين، فيجوز لهم عند جميع الفقهاء أن يتملّكوا الدُورَ والأراضي، غير أنّ بعض المتأخّرين من فقهاء الحنفيّة منعوا بيعَها منهم في المصر، لئلاّ يكثُر سوادهم فيه. جاء في الدرّ المختار:

"الذمّي إذا اشترى داراً، أي أراد شراءها في المصر، لاينبغي أن تُباعَ منه، فلواشترى يُجبر على بيعها من مسلم، وقيل:لايُجبر إلاّ إذاكثُر."

لكن قال ابن عابدين تحته:

"قال السّرخسيّ في شرح السّير: فإن مصّرَ الإمامُ في أراضيهم للمسلمين، كما مصّر عمر رضي الله عنه البصرة والكوفة، فاشترى بها أهلُ الذمّة دُوراً وسكنوا مع المسلمين، لم يُمنعوا من ذلك، فإنّا قبلنا منهم عقدَ الذمّة ليقفوا على محاسن الدّين، فعسى أن يؤمنوا، واختلاطُهم بالمسلمين والسّكنُ معهم يحقّق هذا المعنى. وكان شيخنا الإمام شمس الأئمّة الحلوانيّ يقول: هذا إذا قلّوا، وكان بحيثُ لاتتعطّل جماعاتُ المسلمين، ولاتتقلّل الجماعةُ بسُكناهم بهذه الصّفة؛ فأمّا إذاكثُروا على وجهٍ يؤدّي إلى تعطيل بعض الجماعات، أو تقليلها، مُنعوا من ذلك، وأُمروا أن يسكُنوا ناحيةً ليس فيها

.www.besturdubooks.wordpress.com

للمسلمين جماعة. وهذا محفوظٌ عن أبي يوسف في الأمالي."[1]

والحاصلُ أنَّ تمكينَهم من السُّكنى في عمارات المسلمين وشراءِهم الدُّورَ والأراضيَ فيها مقيَّدٌ بأن لا تفوتَ به مصلحةٌ معتبرةٌ للإسلام والمسلمين، ويُمنع من ذلك حيثُ تفوتُ به تلك المصلحة، ولذلك أفتى العلماء المعاصرون بمنع بيع الأراضي من اليهود في فلسطين،[2] وبإهمال هذه الفتوى وقع ما وقع في هذه الأراضي المقدسة من احتلال الصّهيونيّين والنّكبات الفادحة الّتي أصابت أهلها، عجّل الله لهم الفرج، والعياذ بالله العليّ العظيم.

٦٩- سلامة الأعضاء

ولا يُشترط لصحّة البيع سلامةُ أعضاء البائع أو المشتري. فيصحّ بيعُ الأعمى وشراؤه، ويُعرف المبيعُ بالجسّ أو الذّوق أو الشّمّ. وكذلك يصحّ بيعُ الأخرس بالإشارة المفهومة. ولا نعلم في جواز ذلك خلافا.[3]

---

(١) ردالمحتار، كتاب السير، فصل في الجزية، مطلب في سكنى أهل الذمة ١٢: ٧٦٤ فقرة ٢٠١٧٧

(٢) إمدادالفتاوى للشيخ أشرف علي التهانوي ٣: ٥٩

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٤٨، روضة الطالبين ٣: ٣٤١، مواهب الجليل ٤: ٢٢٩، بدائع الصنائع ٤: ٣٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام تعدد المتعاقدين

٧٠ - تعدد المتعاقدين

واشترط معظمُ الفقهاء لصحة البيع تعددَ المتعاقدين، فلا يجوز أن يكون الشخص الواحدُ عاقداً من الجانبين. وهذا إنّما يتصوّرُ إن كان أصيلاً في جانب، ونائباً عن الآخر في جانب آخر، فيتمّ الإيجاب بصفته أصيلاً، والقبولُ بصفته نائباً. ثمّ النّيابةُ قد تكون بعقدٍ بين النّائب والمنوب عنه، مثل الوكيل، يُصبحُ نائباً عن موكّله بعقد الوكالة، وقد تكون بحُكم الشّرع، مثل ما ينوب الأبُ عن ابنه الصّغير. وقد تكون بتعيين من قِبَل من له حقُّ التعيين، مثلُ الوصيّ. ولكلِّ واحدٍ من هذه الأقسام أحكامٌ مستقلّة نذكرها فيما يلي إن شاء الله تعالى.

٧١ - هل يجوز أن يعقد الوكيلُ البيعَ لنفسه؟

والأصلُ عند جميع الفقهاء أنّ الوكيلَ لا يجوز له أن يعقد البيعَ لنفسه، ويتولّى طرفي العقد. فلو وكّل زيدٌ عمرواً ببيع متاعه فلا يجوز له أن يبيعه لنفسه بحكم الوكالة. وإن رغب في شرائه، فلابدّ من إيجابٍ منه وقبولٍ من زيد. وهو مذهبُ الأئمة الأربعة،

www.besturdubooks.wordpress.com

غيرَ أنّهم اختلفوا في تعليل المنع. فالّذي يَظهر من كلام الحنفيّة والشّافعيّة: أنّ المنعَ في بعض الأحوال مبنيٌّ على أنّ الواحدَ لايتولّى طرَفي البيع، لأنّ الحقوق في البيع ترجع إلى العاقد، وللبيع حقوقٌ متضادّةٌ مثلُ التّسليم والتّسلّم والمطالبة، فيؤدّي إلى أن يكون الشّخصُ الواحد مُسَلِّماً ومُتسلِّماً، وطالباً ومُطالَباً، وهذا مُحال.

وبناءً على هذاالتّعليل، لايُجيز الحنفيّة والشّافعيّة للوكيل بالبيع أن يبيعَ لنفسه، وإن كان بإذنٍ من الموكِّل، أو بأزيدَ من ثمن المثل.[1] ولكنّه كما سبق، إن كان يُريد البيعَ لنفسه، فإنّه يحتاج إلى إيجاب وقبول مع موكّله. أمّا إذا كان المنوبُ عنه غيرَ أهلٍ للتّعاقد، وانتفت التُّهمة، جاز كما سيأتي في بيع الأب مالَ ابنه الصّغير لنفسه، وحينئذٍ يُعتبر الأبُ شخصَين حكماً، فيقع الإيجاب منه بصفةٍ، والقبول بصفةٍ أخرى، فيتعدّد العاقدان حُكماً.

ويبدو أنّ القانون الوضعيَّ الإنكليزيَّ نحا في هذا الباب منحى الحنفيّة والشّافعيّة في أنّه يمنع الوكيل بالبيع من الشّراء لنفسه على أساس "تعارض المصالح" (Conflict of interest) فلا يعتبر الإذن العامّ كافياً لعقد البيع بنفسه، بل يوجب أن يأخذ الوكيل

---

(١) يقول السّرخسيّ رحمه الله تعالى: "ولوباعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير، لم يجز، وإن صرّح الموكّل بذلك. (المبسوط للسرخسي، كتاب الوكالة ١٩: ٣٢) ويقول ابن حجر الهيتميّ رحمه الله تعالى: "ولايبيع لنفسه وإن أذن له، وقدّر له الثّمن ونهاه عن الزّيادة ...لأنّ علّة منع الاتّحاد ليست التّهمة، بل عدم انتظار الإيجاب والقبول من شخص واحد. (تحفة المحتاج مع الشيرواني ٥: ٣١٨)

www.besturdubooks.wordpress.com

إذناً لاحقاً مع بيان جميع التفاصيل ذات العلاقة التي تبرّر البيع مع نفسه.[1] واشتراط ذلك يؤول إلى أن يكون هناك قبولٌ من الموكّل.

أما المالكيّة، فالظاهر من كلامهم أنّ علّة المنع عندهم هي التّهمة فقط، وليس كون الواحد يتولّى طرفي العقد. فلو ارتفعت التّهمة بإذنٍ من الموكّل أو بشرائه بأكثر من ثمن المثل بعد تناهي الرّغبات[2] فيه جاز شراؤه لنفسه. قال الدّسوقيّ رحمه الله تعالى:

"وحاصله أنّ المنع مقيّدٌ بما إذا لم يكن شراؤه بعد تناهي الرّغبات، وبما إذا لم يأذن له ربّه في البيع لنفسه. فإن اشترى الوكيل لنفسه بعد تناهي الرّغبات، أو أذنه الموكّل في شرائه لنفسه، جاز شراؤه حينئذ. ومثل إذنه له في شرائه ما لو اشتراه بحضرة ربّه، لأنّه مأذونٌ له حكماً."[3]

وأمّا الحنابلة، فوافقوا الحنفيّة والشّافعيّة في إحدى الرّوايتين، وجمعوا بين الأمرين في رواية أخرى، فقالوا: لا يجوز أن يتولّى الواحدُ طرفي العقد. فإن ارتفعت التّهمة من الوكيل، بأن زاد الثّمن على ثمن المثل، جاز له البيع إلى نفسه بأن يوكّل غيره بالبيع، ويكون هو الأصيل في الشّراء، أو يوكّل غيره بالشّراء له، ويكون هو البائع لموكّله. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

---

(١) Chitty: On contract, v.2, p.52, Ch.1 (iv), para 2097 وقريبٌ منه القانون الفرنسيّ الإيطاليّ والألمانيّ. وأباح القانون السّويسريّ ذلك للوكيل مطلقاً. وراجع للتّفصيل نظرية العقد للدكتور عبدالرزاق السّنهوريّ ص ٢٢٨ فقره ٢٢١

(٢) يعني لا أحد يرغب في شرائه بالثّمن الّذي يريد شراءه لنفسه.

(٣) الدسوقي على شرح مختصر خليل ٣: ٣٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"من وكّل في بيع شيئ لم يجُزْ له أن يشتريه من نفسه في إحدى الرّوايتين نقلها مُهنّا، وهو مذهبُ الشّافعيّ وأصحاب الرّأي، وكذلك الوصيّ...وحُكِيَ عن مالك والأوزاعيّ جوازُ ذلك فيهما. والرّوايةُ الثّانية عن أحمد: يجوز لهما أن يشتريا بشرطين: أحدهما: أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النّداء.[1] والثّاني: أن يتولّى النّداءَ غيرُه. قال القاضي: يحتمل أن يكون اشتراطُ تولّي غيره النّداءَ واجباً، ويحتمل أن يكون مستحبّاً، والأوّل أشبهُ بظاهر كلامه. وقال أبوالخطّاب: الشّرط الثّاني أن يوليَ مَن يبيع، ويكونَ هو أحدَ المشترين. فإن قيل: فكيف يجوز له دفعُها إلى غيره ليبيعَها، وهذا توكيل، وليس للوكيل التّوكيل؟ قلنا: يجوز التّوكيلُ فيما لايتولّى مثلُه بنفسه. والنّداءُ ممّا لم تجرِ العادةُ أن يتولاّه أكثرُ النّاس بنفوسهم. وإن وكّل إنساناً يشتري له، وباعه هو جاز على هذه الرّواية، لأنّه امتثل أمرَ موكّله في البيع، وحصل غرضُه من الثّمن، فجاز كما لو اشتراها أجنبيّ."[2]

٧٢- بيع الأب مال ولده الصّغير من نفسه

واستثنى الحنفيّةُ والشّافعيّة[3] من اشتراط تعدّد العاقدين ما إذا باع الأبُ مالَه من ابنه الصّغير بمثل قيمته، أو بما يتغابن النّاسُ فيه عادةً، أو اشترى مالَ الصّغير لنفسه بذلك. وخالفهم في ذلك زفر والحنابلة، فمنعوا من ذلك، لأنّ القياسَ أن لايتولّى

---

(١) يعني النّداء في المزايدة

(٢) المغني ٥:٢٣٧

(٣) يأتي نصّ الحنفيّة في المتن، وراجع لمذهب الشّافعيّة المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٨٠ و تحفة المحتاج مع الشيرواني ٥: ٣١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الواحدُ طرَفي البيع، لما فيه من الاستحالة. أمّا الأصحاب الثلاثة، فجوّزوا ذلك استحساناً. وجهُ الاستحسان قولُ الله عزوجل: "وَلَاتَقرَبُوا مَالَ اليَتِيمِ إلَّا بِالَّتِي هِيَ أحسَنُ "(الأنعام:١٥٢) والبيعُ والشِّراءُ بمثل قيمته وبما يتغابن النّاسُ فيه عادةً قد يكون قُرباناً على الوجه الأحسن. أمّا أنّ الواحد لايتولّى طَرفي البيع، فإنّ الأبَ بحُكم كونه وليّاً كاملَ الشّفقة يُنسب فعلُه إلى فعل الصبيّ لو كان بالغاً. فيُجعل كأنّ الصبيَّ باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ، فتعدُّد العاقدُ حُكماً. فلا يؤدّي إلى الاستحالة. وهو مذهب الشّافعيّة أيضاً.[١]

٧٣– بيع وليّ أو وصيّ غير الأب من نفسه

أمّا غيرُ الأب من الأولياء والأوصياء، فإن باع أحدُهم مالَ نفسه من الصّغير، أو اشترى مالَ الصّغير لنفسه، فإن لم يكنْ فيه نفعٌ ظاهر، لايجوز بالإجماع. وإن كان فيه نفعٌ ظاهرٌ جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. و لايجوز عند محمّد رحمه الله تعالى. وهو قول الشّافعيّة.[٢] وجه قول محمّد والشّافعيّ رحمهما الله تعالى أنّ القياسَ يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصيّ جميعاً، لما ذكرنا من الاستحالة. إلاّ أنّ الأبَ لكمال شفقته جُعل شخصُه المتّحدُ حقيقةً، متعدّداً ذاتاً ورأياً وعبارةً. والوصيُّ لا يُساويه في الشّفقة، فبقيَ الأمرُ فيه على أصل القياس.

ودليلُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أنّ تصرّفَ الوصيِّ إذا كان فيه نفعٌ ظاهرٌ لليتيم قربانُ ماله على الوجه الأحسن، فيملكه بالنّصّ. والوصيُّ له شِبْهان: شبهٌ

(١) بدائع الصنائع، ٤:٣٢٢ حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٥:٣١٨

(٢) المرجعان السابقان

www.besturdubooks.wordpress.com

بالأب، وشبهٌ بالوكيل. أمّا شبهُه بالوكيل، فلكونه أجنبياً، وشبهُه بالأب لكونه مرضيُّ الأب. فالظّاهر أنّه مارضِيَ به إلاّ لوفور شفقته على الصّغير. فأثبتنا له الولايةَ عند ظهور النّفع عملاً بشبه الأب، وقطعنا ولايته عند عدمه، عملاً بشبه الوكيل، وعملاً بالشّبهين بقدر الإمكان.[1]

وتبيّن ممّا ذكرنا من المذاهب الفقهيّة في الموضوع أنّ الأصل في جميعها أنّ الواحد لايتولّى طرَفي العقد، لكونه مضاداً لمنطق "العقد" الّذي يقتضي أن يكون فيه طرَفان، ولكن عند جميعهم في هذا الأصل مستثنياتٌ ترْجع إلى مصلحة الموكّل أو المنوب عنه. والّذي يظهر أنّ ما ذهب إليه الحنفيّة والشّافعيّة أوفى برعاية المصالح، والله سبحانه أعلم.

٧٤- إن كان أحدُ العاقدين يقصد بالعقد ارتكاب معصية

ومنَع بعضُ الفقهاء البيعَ إن قَصد به أحدُ المتعاقدين معصيةً، وعلِم الآخرُ ذلك. فذهب الحنابلة إلى أنّ البائع إن كان عالماً بقصد المشتري، فإنّ البيعَ حرامٌ وباطل، فلا يثبت ملكُ المشتري في المبيع، ولا ملكُ البائع في الثمن. جاء في المقنع: "وبيع العصير ممن يتّخذه خمراً باطل". وقال ابن قدامة تحته:

"فإنّما يحرُم البيع ويبطل إذا علِم البائع قصدَ المشتري ذلك إمّا بقوله، وإمّا بقرائنَ مختصّة به تدلّ على ذلك. فأمّا إن كان الأمرُ محتمَلاً، مثل أن يشتريَها مَن لايُعلم حالُه، أو مَن يعمل الخلّ والخمر معاً، ولم يلفظْ بما يدلّ على

(١) بدائع الصّنائع ٤: ٣٢٢ و٣٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

إرادة الخمر، فالبيع جائز، وإذاثبت التّحريم، فالبيع باطل."[1]

أمّا المالكيّة، فالظّاهر من عباراتهم أنّ البيع حرام، ولكنه ينعقد صحيحاً. قال الزّرقانيّ رحمه الله تعالى:

"وكذا يُمْنع أن يُباع للحربيّين آلةُ الحرب من سلاح أو كُراع أوسَرْج، وجميعُ ما يتقوّون به على الحرب...وكذا الدّارُ لمن يتّخذها كنيسة، والخشبةُ لمن يتّخذها صليباً، والعنبُ لمن يعصره خمراً، والنّحاسُ لمن يتّخذه ناقوساً، وكلّ شيئ يُعلم أنّ المشتري قصدبه أمراً لايجوز، كبيع الجارية لأهل الفساد الّذين لاغيرةَ لهم لويُطعمونها من حرام، والمملوك ممن يُعلم منه الفساد به."[2]

وقال الدّردير رحمه الله تعالى:

"ومنع ...بيعُ مصحف أوجزءه وكتبِ حديثٍ لكافرٍ كتابيٍّ أوغيره، والبيعُ صحيح على المشهور وإن منع."

وقال الصّاويّ رحمه الله تعالى تحته:

"وكذايُمنع بيعُ كلّ شيئ عُلم أنّ المشتري قصد به أمراً لايجوز، كبيع جارية لأهل الفساد، أو مملوك أو بيع أرض لتُتّخذ كنيسة أو خمّارة، أوخشبةٍ لمن يتّخذها صليبا، أو عنبٍ لمن يعصره خمراً."[3]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٤

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٥: ١١، وراجع أيضامواهب الجليل للحطاب ٤: ٢٥٤

(٣) الشرح الصغير للدردير ٣: ٢٠

أمّا الشافعيّة، فإنّ مثل هذا البيع مكروهٌ عندهم بشرط العلم، ولكنّه ينعقد صحيحاً. قال الإمام الشافعيّ رحمه الله تعالى:

"أصل ما أذهب إليه أنّ كلّ عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النيّة إذاكانت النيّة لو أظهرت كانت تُفسد البيع، وكماأكره للرّجل أن يشتري السّيف على أن يقتل به، ولا يحرُم على بائعه أن يبيعه ممّن يراه أنه يقتل به ظلماً، لأنّه قد لايقتُل به، ولاأفسد عليه هذا البيع، وكماأكره للرّجل أن يبيع العنب ممّن يراه أنه يعصره خمراً، ولاأُفسد البيع إذاباعه إيّاه، لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن أن لايجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السّيف أن لايقتل به أحداً أبداً."[1]

أمّاالحنفيّة، فالظّاهر من مُتونهم أنّهم فرّقوا بين ما قامت المعصية بعينه، فكرهوا بيعه كبيع السّلاح من أهل الفتنة، وبيع أمرد ممّن يفجُر به، وبين مالم تقُم المعصيةُ بعينه، بل تحتاج إلى صنْعة من المشتري، فأجازوا بيعه: كبيع العصير ممّن يتّخذه خمرا، وبيع أرض لمن يتّخذه كنيسة. وإنّ عبارات القوم في شرح هذا الأصل مختلفة، وقد ألّف والدي العلاّمة الشّيخ المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى رسالةً مستقلّة في الموضوع جمع فيها نصوص الفقهاء الحنفيّة، واستخلص منها مايلي، وأنقله بنصّه، على طُوله، لكونه مشتملاً على فوائد كثيرة:

"والّذي ظهر لي بفضل الله وكرمه في الفرق بينهما هو أنّ ما قامت المعصية بعينه هو ما كانت المعصيةُ في نفس فعل المعين، بحيث لا تنقطع عنه نسبتُها

---

[1] كتاب الأم، ٤: ١٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بفعل ذلك الفاعل المختار. وذلك بثلاثة وجوه: الأوّل: أن يقصد الإعانة على المعصية، فإنّ من باع العصير بقصد أن يتّخذ منه الخمر، أو أمرد بقصد أن يفسُق به، كان عاصياً في نفس هذا البيع بهذه النيّة والقصد. وكذا من آجر بيتاً بقصد أن يُباع فيه الخمر، فقامتِ المعصية بعين هذه الإجارة مع قطع النّظر عن فعل فاعلٍ مختار، لاقتران هذه النّيّة، كما مرّ مصرّحاً في الأشباه وحظر ردّ المحتار.[1]

والثّاني: بتصريح المعصية في صُلب العقد، كمن قال: بِعْني هذا العصيرَ لأتّخذه خمراً. فقال: بعتُه، أو آجرْ لي بيتك لأبيع فيه الخمر، فقال: آجرتُه،[2] فإنّه بهذا التّصريح تضمّن نفسُ العقد معصيةً، مع قطع النّظر عمّا يحدُث بعد ذلك من اتّخاذه خمراً، وبيع الخمر فيه. وذلك لما في إجارات المبسوط للسّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا استأجر الذّمّيّ من المسلم بيتاً ليبيع فيه الخمرَ، لم يجُز لأنّه معصية، فلا ينعقد العقدُ عليه ولا أجرَ له عندهما، وعند أبي حنيفة

(١) عبارة ردّالمحتار: "ولعلّ المراد هنا عصرُ العنب على قصد الخمرية، فإنّ عين هذا الفعل معصيةٌ بهذا القصد." (ردّ المحتار، كتاب الحظر والإباحة، فصل في البيع ٦: ٣٩٢) وعبارة الأشباه: "وذكر قاضي خان في فتاوه أنّ بيع العصير ممّن يتّخذه خمرا إن قصد به التّجارة، فلا يحرم، وإن قصد به لأجل التّخمير، حرم." (الأشباه والنّظائرمع الحموي ١: ١٠٢ و١٠٣ الفنّ الأوّل، القاعدة الثّانية: الأمور بمقاصدها.)

(٢) وينبغي أن يكون في حكمه إذا عقد توريد العصير لمصنع الخمر، فإنّه وإن لم يكن العقد فيه صراحةً أنّ العصير يُستعمل في صناعة الخمر، ولكنّ توريده إلى المصنع تصريحٌ حكماً بأنّ المقصود صناعةُ الخمر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمه الله تعالى يجوز. والشّافعيّ رحمه الله تعالى يجوّز هذا العقد، لأنّ العقدَ يرد على منفعة البيت، ولا يتعيّن عليه بيعُ الخمر، فله أن يبيعَ فيه شيئاً آخر. يجوز العقد لهذا. ولكنّا نقول: تصريحُهما بالمقصود لا يجوّز اعتبارَ معنىً آخر فيه، وما صرّحا به معصية.[1]

قلت: وقولُ أبي حنيفة "يجوز" لايستلزمُ أيضاً جوازَ هذا الفعل بمعنى رفع الإثم، بل ظاهرُ اللّفظ بمعنى تصحيح العقد فقط، كما صرّح به في عبارة الأصل[2] "له الأجر".

والثّالث: بيع أشياءَ ليس لها مصرفٌ إلاّ في المعصية، فيتمحّض بيعُها وإجارتُها للمعصية، وإن لم يصرّح بها. ففي جميع هذه الصّور قامت المعصية بعين هذا العقد، والعاقدان كلاهما آثمٌ بنفس العقد، سواءٌ استعمل بعد ذلك في المعصية أم لا، وسواءٌ استعملها على هذه الحالة، أو بعد استحداث صنعة فيه. فإن استعملها في المعصية، كان ذلك إثماً آخر على الفاعل خاصّةً.

ولك أن ترجع الوجوه الثّلاثةَ إلى وجه واحد، وهو القصد والنّيّة، فإنّ القصدَ في الوجه الأوّل موجودٌ صراحة، وفي الثّاني والثالث حكماً ومعنىً...وماليس كذلك لم تقُم المعصية بعين فعل المُعين. وسائرُ

---

(١) المبسوط ١٦: ٣٨

(٢) ما ذكره الكاساني رحمه الله تعالى عن الأصل نصّه: "من استأجر حمالاً يحمل له الخمر فله الأجر في قول أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لاأجر له." (بدائع الصّنائع ٤: ٤١ بقية كتاب الإجارة)

www.besturdubooks.wordpress.com

الجزئيّات المذكورة من بيع العصير والأمرد والجارية المغنّية والكبش النّطوح والحمامة الطيّارة، وإجارة البيت لبيع الخمر، أو اتّخاذه بيت نار أو كنيسة.. كلُّها داخلةٌ في هذا القسم. أعني مالم تقُم المعصيةُ بعينه. بشرط أن لاينويَ بها معصية، ولا يصرِّحَ بها في العقد، ولا يتمحّض استعمالُها في المعصية كما قلنا. وعلى هذا فخرجت هذه الجزئيّات كلّها من باب الإعانة على المعصية حقيقةً..."

"لكن هناك معنىً آخرُ يُقارب معنى الإعانة، وهو التّسبّب. وهو أيضاً لايخلو عن حرمة وكراهة إذا كان سبباً للمعصية..."

...فتنقيحُ الضّابطِ في هذا الباب على ما مَنّ به عليّ ربّي: أنّ الإعانةَ على المعصية حرامٌ مطلقاً بنصِّ القرآن أعني قوله تعالى: " وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ (المائدة:٢) وقوله تعالى: فَلَنْ أَكُونَ ظَهِيرًا لِلْمُجْرِمِينَ (القصص:١٧) ولكنّ الإعانة حقيقةً هي ماقامت المعصية بعين فعل المعين، ولايتحقّق إلا بنيّة الإعانة، أو التصريح بها، أو تعيُّنها في استعمال هذا الشّيئ بحيثُ لايحتمل غيرَ المعصية. ومالم تقُم المعصيةُ بعينه لم يكن من الإعانة حقيقةً، بل من التّسبّب، ومن أطلق عليه لفظ "الإعانة" فقد تجوّز، لكونه صورةَ إعانة، كما مرّ من السّير الكبير.[١]

(١) "فإن اشتروا دوراً للسّكنى فأرادوا أن يتّخذوا داراً منها كنيسة أو بيعة أو بيت نار يجتمعون فيها لصلاتهم مُنعوا من ذلك... ولا ينبغي لأحد من المسلمين أن يؤاجرهم بيتاً لشيء من ذلك لما فيه من صورة الإعانة إلى ما يرجع إلى الاستخفاف بالمسلمين، فإن آجرهم فأظهروا شيئا من ذلك في تلك الدّار منعهم صاحب البيت وغيره من ذلك، على سبيل النّهي عن المنكر، وهو في ذلك =

www.besturdubooks.wordpress.com

ثم السبب إن كان سبباً محركاً وداعياً إلى المعصية، فالتسبب فيه حرام، كالإعانة على المعصية بنص القرآن كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾ (الأنعام:۱۰۹) وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ﴾ (الأحزاب:۳۲) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبَرَّجْنَ﴾ الآية (الأحزاب:۳۳).

وإن لم يكن محركاً وداعياً، بل موصلاً محضاً، وهو مع ذلك سبب قريب بحيث لا يحتاج في إقامة المعصية به إلى إحداث صنعة من الفاعل، كبيع السلاح من أهل الفتنة، وبيع الأمرد ممن يعصي به، وإجارة البيت ممن يبيع فيه الخمر، أو يتخذها كنيسة أو بيت نار وأمثالها، فكله مكروه تحريماً بشرط أن يعلم به البائع والآجر، من دون تصريح به باللسان. فإنه إن لم يعلم كان معذوراً. وإن علم وصرح كان داخلاً في الإعانة المحرمة. وإن كان سبباً بعيداً بحيث لا يفضي إلى المعصية على حالتها الموجودة، بل يحتاج إلى إحداث صنعة فيه، كبيع الحديد من أهل الفتنة وأمثالها، فتكره تنزيهاً."[1]

وإنما أطلت في نقل هذا الكلام لكونه في غاية الوجاهة، وبه تنطبق عبارات الحنفية التي ربما تبدو مضطربة في هذا الموضوع. ويتخلص منه أن الإنسان إذا قصد الإعانة على المعصية بإحدى الوجوه الثلاثة المذكورة، فإن العقد حرام لا ينعقد، والبائع آثم. أما إذا لم يقصد ذلك، وكان البيع سبباً للمعصية، فلا يحرم العقد، ولكن إذا كان سبباً

ـــ كغيره، ولا يفسخ عقد الإجارة بهذا، بمنزلة ما لو آجر بيته من مسلم. فكان يجمع الناس فيه على الشراب أو يبيع المسكر فيه، فإنه يمنعه من ذلك على سبيل النهي عن المنكر ولا تفسخ الإجارة لأجله. (متن السير الكبير مع شرح السرخسي له ٤: ١٥٣٧ و ١٥٣٨ فقره ٣٠٢١ و ٣٠٢٣)

(۱) جواهر الفقه ۲: ٤٤٧

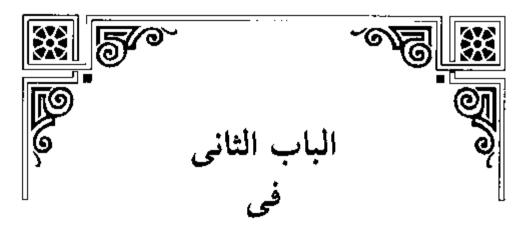
محركاً، فالبيعُ حرام، وإن لم يكن محركاً، وكان سبباً قريباً بحيثُ يُستخدم في المعصية في حالتها الرّاهنة، ولايحتاج إلى صنعة جديدة من الفاعل، كُره تحريماً، وإلّا فتنزيهاً.

وعلى هذا يُخرّج حكمُ بيع البناء أوإجارته لبنكٍ ربويٍ. فإن قصَد البائعُ الإعانةَ، أو صرّح في العقد بكونه يُستخدم للأعمال الرّبويّة، حرُم البيع وبطل. والظّاهرُ أنّ المستأجرَ حينما يعقد البيعَ أو الإجارةَ لإقامة فرعٍ للبنك مثلاً، فإنّه في حكم التّصريح بأنّ البناءَ يُستعمل للأعمال الرّبويّة. أمّا إذا بِيع البناءُ أوأُجّر لغرضٍ آخر للبنك، مثل التّخزين وغيره. فلا يدخل في ذلك الحكم، وليس سبباً قريباً للمعصية، فينبغي أن يجوز مع الكراهة تنزيهاً.

وكذلك الحكم في برْمَجة الحاسب الآليّ (الكمبيوتر) لبنكٍ ربويٍ، فإن قُصِد بذلك الإعانة، أوكان البرنامجُ مشتملاً على ما لايصلُح إلاّ في الأعمال الرّبويّة، أو الأعمال المحرّمة الأخرى، فإنّ العقد حرام وباطل. أمّا إذا لم يقْصِدِ الإعانة، وليس في البرنامج ما يتمحّض للأعمال المحرّمة، صحّ العقدُ وكُره تنزيهاً. وعلى هذا الأساس يمكن تخريجُ مسائلَ حديثةٍ كثيرةٍ من هذاالنّوع، والله سبحانه وتعالى أعلم. وسيأتي مزيد التّفصيل لهذه المسئلة في شروط المبيع إن شاء الله تعالى.

وكذلك يندرج في أحكام المتعاقدين ما إذا كان أحدهما يعقد بالكسب الحرام، ولكنّ أحكامه تحتاج إلى بسط وتفصيل، وسوف نذكره إن شاء الله تعالى في مبحث مستقلّ بعد أحكام البيع الفاسد.

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثانی
فی
رضا المتعاقدین ومایتعلق به

٧٥- رضا المتعاقدين

ويجب لجواز البيع تراضي المتعاقدين لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (النساء:٢٩) وقد رُوِيَ عن أبي سعيد الخدريّ رضي الله تعالى عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إنّما البيعُ عن تراضٍ."(١)

وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال:

"لا يتفرّقن عن بيعٍ إلّا عن تراضٍ."(٢)

وعن أبي حرّة الرّقاشيّ، عن عمّه، أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب البيوع، باب بيع المضطر، ج٦ ص ١٧

(٢) أخرجه الترمذيّ في سننه، كتاب البيوع، لباب ٢٦، حديث ١٢٤٨، وقال: هذا حديث غريب

www.besturdubooks.wordpress.com

"لا يحلّ مالُ امرئٍ مسلمٍ إلاّ بطيبِ نفسٍ منه."[١]

وعن أبي حُميد الساعديّ رضي الله تعالى عنه أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال:

"لا يحلّ لامرئ أنْ يأخُذَ عصا أخيه بغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ".[٢]

وممّا يفوتُ به رضا أحد المتعاقدين: الإكراه، والاضطرار، والتّغرير، أو التّدليس، والخطأ، والهزل. فلنذكرْ أحكامَ كلّ واحدٍ منها بشيءٍ من التّفصيل. وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد.

٧٦- الإكراه وأثره على البيع

لايجوز بيعُ المكْرَه عند أحد، لكون الإكراه مفوّتاً لرضا المكرَه. وقد ورد فيه حديثٌ أخرجه البيهقيّ عن عبدالله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"لايركب البحرَ إلاّ حاجّ، أومعتمر،أوغازٍ في سبيل الله. ولايُشترى من ذي ضَغْطة سلطانٍ شيئاً."[٣]

وفي إسناده بشيربن مسلم الكنديّ، قال فيه الحافظ ابن حجر رحمه الله: "قال

(١) رواه أبو يعلى في مسنده، رقم ١٥٧٠، ٣: ١٤٠. وقال الهيثميّ تحت هذا الحديث: "رواه أبو يعلى، وأبو حرة وثقه أبو داود. وضعفه ابن معين." (مجمع الزوائد، كتاب البيوع، باب الغصب وحرمة مال المسلم، حديث ٦٨٦٦، ٤: ١٧٢)

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب الجنايات، حديث ٥٩٧٨

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، باب بيع المضطرّ، ٦: ١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

البخاري: ولم يصح حديثه." كمافي التهذيب،[١] ولكنّ الجزء الأخير منه مؤيّد بالحديث المعروف: "إنّ الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه."[٢] والحديث المعروف: "لايحلّ مالُ امرئٍ مسلم إلا بطيب نفسٍ منه."[٣]

ولذلك اتّفق الفقهاء على أنّه لايجوز بيع المكرَه بغير حقّ، والإكراه الملجئ وغيرُ الملجئ في ذلك سواء. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى: "لأنّ الإكراه الملجئ وغيرَ الملجئ يُعدمان الرِّضا، والرِّضا شرطٌ لصحة هذه العقود."[٤]

وقال الإمام النوويّ رحمه الله تعالى: "ذكرنا أنّ المكره بغير حقٍّ لايصحّ بيعه. هذا مذهبنا، وبه قال مالك وأحمد والجمهور. وقال أبوحنيفة: يصحّ، ويقف على إجازة المالك في حال اختياره."[٥]

والواقعُ أنّ الحنفيّة يُدخلون بيعَ المكرَه في بيعٍ فاسدٍ موقوف. قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى: "وأفاد في المنار وشرحه أنّه ينعقد فاسداً، لعدم الرِّضا الّذي هو شرطُ النَّفاذ، وأنّه بالإجازة يصحّ ويزول الفساد. وبه عُلم أنّ الموقوف على الإجازة صحّتُه، فصحّ كونُه فاسداً موقوفاً، وظهر أنّ الموقوف: منه فاسدٌ، كبيع المكرَه، ومنه صحيحٌ،

---

(١) تهذيب التهذيب، ١: ٤٦٧

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث ٢٠٤٥، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة تحته: "هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع. والظاهر أنه منقطع. قال المزي في الأطراف: رواه بشر بن بكر التنيسي عن الأوزاعي عن عطاء عبيد بن عمير عن ابن عباس. انتهى. وليس ببعيد أن يكون السقط من صنعة الوليد بن مسلم فإنه كان يدلس تدليس التسوية" (مصباح الزجاجة ٢: ١٢٦)

(٣) أخرجه أبويعلى في مسنده كما في مجمع الزوائد ٤: ١٧٢ وقد مرّ تعليق الهيثمي عليه

(٤) الدر المختار مع رد المحتار، كتاب الإكراه ٦: ١٣٠

(٥) المجموع شرح المهذّب ٩: ١٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

كبيع عبدٍ أو صبيٍّ محجورين."[1]

ومفاد كونه فاسداً عند الحنفيّة، لاباطلاً، أنّ المشتري يملكه إن قبض. فيصحّ منه كلُّ تصرّفٍ لايمكنُ نقضُه، مثلُ الإعتاق والتّدبير والاستيلاد، ولكن لايصحّ ما يقبل النّقض، مثلُ البيع والهبة والتّصدّق. ومفاد كونه موقوفاً أنّه ينقلب نافذاً بإجازة المكره، سواءٌ أكانت الإجازةُ بالقول أم بالفعل، مثل قبض الثّمن وتسليم المبيع، بشرط أن يكون في حالة الطّوع بعد زوال الإكراه.[2]

٧٧- الإكراهُ الّذي يُفسد البيع

ذكرنا فيما سبق أنّ الإكراهَ الّذي يُبطلُ الرّضا، ويُبطلُ العقد، يستوي فيه الإكراهُ الملجئ وغيرُ الملجئ. وقد عرّف الكاسانيّ رحمه الله تعالى الإكراه الملجئ (وسمّاه إكراهاً تامّاً) وغير الملجئ بقوله:

"نوعٌ يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً، كالقتل والقطع والضّرب الّذي يخاف فيه تلف النّفس أو العضو، قلّ الضّرب أو كثر... وهذا النّوع يسمّى إكراهاً تامّاً. ونوعٌ لايوجب الإلجاء والاضطرار، وهو الحبس والقيد والضّرب الّذي لايُخاف منه التّلف. وليس فيه تقديرٌ لازمٌ، سوى أن يلحقه منه الاغتمام البيّن من هذه الأشياء، أعني الحبس والقيد والضّرب. وهذا النّوع من الإكراه يسمّى إكراهاً ناقصاً."[3]

---

(١) ردالمحتار، أوائل كتاب البيوع، ٤: ١٤ و ١٥ فقره ٢٢١٧٨

(٢) وراجع للتفصيل كتاب الإكراه من ردالمحتار ٦: ١٣٠ و ١٣١

(٣) بدائع الصنائع ٦: ١٨٤ كتاب الإكراه

www.besturdubooks.wordpress.com

وأدخل الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة في الإكراه التّهديدَ بإيذاء الولد، أو الوالد، أو أحدٍ من ذوي رحم محرم، لأنّ إلحاق الأذى بهم يُلحِقُ المكرَه غمّاً يُعدم الرّضا. لكنّهم ناقشوا هذا الحكم بالنّسبة إلى الأقارب الآخرين، والمتّفق عليه بين أكثرهم أنّ الإكراه بإيذاء الأقارب مقصور على الولد والوالد، ولم يُلحقوا الأقارب الآخرين في هذا الحكم.[1]

وكذلك يتحقّق الإكراه بتهديد إتلاف المال. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى في بيان شروط تحقق الإكراه: "كونُ الشّيئِ المكرَه به مُتلِفاً نفساً، أو عضواً، أو موجباً غمّاً يُعْدِم الرّضا." وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى في تفسير "متلفاً نفساً": "أي حقيقيّة، أو حكميّة، كتَلَف كلّ المال، فإنّه شقيقُ الرّوح، كما في الزّاهديّ."[2] ثمّ نقل في آخر كتاب الإكراه عن بعض الفقهاء ما يدلّ على أنّ تلف جميع المال ليس بشرطٍ عندهم، بل يكفي خشيةُ تلف بعض المال لتحقّق الإكراه، وإن كانت النّقولُ

---

(١) ذكرابن عابدين عن المبسوط أنّ في الاستحسان حبس الأب إكراه. وذكر الطّوريّ أنّ المعتمد أنّه لافرق بين حبس الوالدين والولد في وجه الاستحسان. وزاد القهستانيّ أو غيره من ذوي رحم محرم، وعزاه للمبسوط." (ردالمحتار، كتاب الإكراه تحت قوله "أوحبس" ٦: ١٣٠) وقال ابن قدامة: "وإن تُوعّد بتعذيب ولده، فقد قيل: ليس بإكراه، لأنّ الضّرر لاحقٌ بغيره، والأولى أن يكون إكراها." (المغني، كتاب الطّلاق ٨: ٢٦٢) وجاء في تحفة المحتاج وحاشيته ما يدلّ على أن التهديد بقتل أحد من ذوي رحمه أو صديقه أو خادمه الّذي يحتاج إليه، وكذلك التّهديد بجرحه إكراه في إعدام الرّضا في الطّلاق. (راجع تحفة المحتاج مع الشّيرواني ٨: ٣٧) وقال الدّردير رحمه الله تعالى: "أو قتل ولده وإن سفل، وكذا بعقوبته إن كان بارًا، أو بأخذ لماله أو بإتلافه" ثمّ ذكر أنّ قتل الأب إكراهٌ أيضاً عند البعض، ولكن قتل غيرهما ليس إكراها. (الشرح الكبير مع الدّسوقيّ، كتاب الطّلاق، ٢: ٣٦٨)

(٢) الدرالمختار مع ردّالمحتار، كتاب الإكراه ٦: ١٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

فيه متعارضة.[١] وقد صرّح ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالى من الشّافعيّة بأنّ إتلاف بعض المال يكفي لتحقّق الإكراه، إلاّ إذا كان مالاً يسيراً، مثل خمسة دراهم للموسر.[٢] وقد عبّرابن مفلح رحمه الله تعالى من الحنابلة عن ذلك بقوله: "أو أخذ مالٍ يضرّه". وهذا تعبيرٌ جيّد، لأنّه ينبغي أن يُعتبر في إعدام الرّضا ما يضرّ الإنسان أكثر ممّا أُكره عليه، خاصّةً في العقود الّتي تنبني على الرّضا.

وقد ذكر بعض الفقهاء أنّ المكره إن هدّد الآخرَ بأنّه يُرافعه إلى الحاكم، فإنّه يُحقّق الإكراهَ في بعض الأحوال، مثل أن يكون الحاكم ظالماً يؤذي بمجرّد الشّكاية.[٣]

والحاصل من جميع ماذكرنا من صُور الإكراه ما ذكره الحصكفيّ أنّ التّهديد بكلّ ما يوجب غمّاً يُعدم الرّضا، فهو إكراهٌ في حقّ بطلان البيع. وهذا أمرٌ ربّما يُترك للقضاء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٧٨- نفوذ غير مشروع (Undue Influence) وتأثيره على العقد

وقد أضاف القانون الإنكليزيّ تصوّراً آخر باسم "تأثير غير سائغ" أو "نفوذ غير مشروع" (Undue Influence) وهو نوعٌ أخفّ من الإكراه. والمقصود منه استغلالُ الجاه في الوصول إلى هدف. ومجاله في العقود أن يستغِلّ الإنسانُ جاهَه ورُتبته أو مهابتَه المعنويّة للدّخول في عقدٍ مع من هو أدنى رتبةً، مثلُ الولد أمام الوالد، أو

(١) ردّالمحتار ٦: ١٤٢

(٢) تحفة المحتاج مع حاشية الشّبرواني، كتاب الطّلاق ٨: ٣٧

(٣) ذكره في الدّرالمختار من نظم ابن وهبان، وابن عابدين عن القنية (ردّالمحتار، آخر كتاب الإكراه)

www.besturdubooks.wordpress.com

التلميذ أمام الأستاذ، أو المريد أمام الشيخ، أو المرؤوس أمام الرئيس. فإذا ثبت أنّ من هو أدنى رتبةً دخل في عقدٍ تحت ضغطٍ من هو أعلى منه رتبةً، بحيث لم يتمكّن من رفض ما اقترحه، فدخل في العقد بالرغم من كونه لايرضى به رضاً حقيقيًا، فإنّ القانون الإنكليزيّ يعتبره في بعض الأحوال معدِماً للرّضا، ومبرّراً لفسخ العقد.[1]

ولكن نقل الدكتور عبدالرزّاق السنهوريّ المادّة ١١١٤ من القانون المدنيّ الفرنسيّ أنّه لا يعترف بأنّ مثل هذا النفوذ الّذي سمّاه "النفوذ الأدبيّ" معارضٌ للرّضا اللازم لتصحيح العقد، فيصحّ العقد ولو كان تحت هذا النفوذ.[2]

أمّا فقهاء الشّريعة الإسلاميّة، فلم يذكروا حكمَ مثلِ هذا النّفوذ في شروط صحّة العقد. وذلك لأنّ الشّريعة الإسلاميّة تُفرّق بين أحكام الدّيانة والقضاء. فلا شكّ أنّ استغلالَ الرّجل نفوذَه وجاهَه للدّخول في عقدٍ مع مَن لايطيب نفسه بذلك العقد لايجوز شرعاً، ولايحلّ له في الدّيانة ما أخذه بهذا الطّريق. لأنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"لايحلّ مال امرئٍ مسلم إلاّ بطيب نفسٍ منه."[3]

فحِلُّ الشّيئ في الدّيانة لايتوقّف على الرّضا الظّاهر فقط، بل يجب أن يكون معه طيبُ نفسِ المعطي.

---

(١) مادة ١٤ و١٦ من قانون العقد الإنكليزي (Contract Act 1872, section 14 & 16)

(٢) نظريّة العقد للسنهوريّ، مبحث الإكراه، ص ٤٢٢ و٤٢٣ فقرة ٤٠٤

(٣) أخرجه أحمد والطّبرانيّ في الكبير والأوسط، ورجال أحمد ثقات، كما في مجمع الزّوائد، كتاب البيوع، باب الغصب وحرمة مال المسلم ٤: ١٧٢

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ طيب النّفس وعدمه أمرٌ خفيٌ يُشكل إثباته أو نفيه في القضاء، وقد أشكل ذلك فعلاً في كثير من القضايا في المحاكم الإنكليزية.[1] ولذلك لم يذكر فقهاء الشّريعة الإسلاميّة عدم طيب النّفس من جملة ما ينفي التّراضيَ في القضاء، إلاّ إذا اقترن معه إكراهٌ (بمعناه الواسع الّذي ذكرناه) أو تغريرٌ أو غبنٌ فاحش، أو اضطرارٌ كما سيأتي، أو تهمةُ تعارض المصالح (Conflict of Interest) كما مرّ في وليّ اليتيم. وبما أنّ إثبات "النّفوذ غير المشروع" (بحيث يؤدّي إلى عدم طيب النّفس من المتعاقد) كان من الصّعوبة بمكان، فإنّ القانون الإنكليزيّ حمّل عبأ الإثبات (Onus of Proof) على المتّهم، (كما في مادة ١٦ من قانون العقد الإنكليزي) وأوجب عليه إثبات كون العقد غير مبنيّ على "نفوذ غير مشروع"؛ ومعنى ذلك أنّه كلّما تعاقد صاحبُ جاهٍ مع من هو أدنى رتبةً، فإنّ الأصل أن يُفترض كونُ العقد مبنياً على عدم طيب النّفس من الجهة المقابلة، حتّى يُثبت المتّهمُ بشهادةٍ أنّه كان شفّافاً غيرَ متأثّر بجاهه ورتبته، مع أنّ تحميل المتّهم عبأ الإثبات في نفي التّهمة عنه معارضٌ للمبادئ العامّة، من أنّ عبأ الإثبات على من يدّعي العُدوان، وليس على من رُمي بالعُدوان. كما أنّ عبأ الإثبات في الإكراه هو على من يدّعي الإكراه، وليس على من اتُّهم به، فإن لم يكن هناك إكراهٌ ولاتغريرٌ ولا اضطرارٌ ولا غبنٌ فاحش، ولا تعارضُ المصالح، فمجرّدُ أنّ أحد العاقدين والدٌ لعاقدٍ آخر أو أستاذٌ له، أو رئيسه لايبرّر افتراضَ عدم طيب النّفس من الجهة الأخرى، حتّى يثبت أحد الأمور المذكورة.

---

(١) راجع: Chitty On Contracts, p.207, para444

www.besturdubooks.wordpress.com

٧٩- الاضطرار وأثره على البيع

ومما يُعْدِم الرِّضا الاضطرار. وقد ورد في ذلك حديثٌ عن عليٍّ رضي الله تعالى عنه، قال:

"سيأتي على النّاس زمانٌ عضوضٌ يعَضُّ الموسرُ على مافي يديه، ولم يؤمرْ بذلك. قال الله تعالى: وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ [البقرة: ٢٣٧] ويُبايعُ المضطرّون، وقد نهى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم عن بيع المضطرّ."[١]

ولكن في إسناده رجلٌ مجهول، كما نبّه عليه الخطّابيُّ رحمه الله تعالى، وقال: "إلاّ أن عامّة أهل العلم كرهوا هذا البيع."[٢]

والمراد من بيع المضطرّ أن يَضطرَّ الرّجل إلى شراء شيئٍ أو بيعه في حالة يخاف على نفسه إن لم يعقد البيع، مثلَ أن يكون جائعاً، ولاسبيلَ له إلى الطّعام إلاّ بأن يشتريه بثمنٍ أكثر، أو بأن يبيعَ بعضَ ماله بثمنٍ أقلَّ بكثيرٍ من ثمن مثله، وإنّما يفعله لدفعِ جُوعه أو جوع عياله.

فإن اضطُرَّ مثلُ هذا الشّخص إلى البيع أو الشّراء بغبْنٍ فاحشٍ، فهو فاسدٌ عند الحنفيّة. أمّا إذا اضطُرَّ إلى البيع أو الشّراء بثمنِ المثل، فالبيعُ صحيح. قال السُّغديّ رحمه الله تعالى في بيان البيوع الفاسدة:

"والثّاني عشر: بيعُ المضطرّ، وهو أن يضطرَّ الرجل إلى طعامٍ أوشراب أو

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في بيع المضطرّ، حديث ٣٣٨٢

(٢) معالم السنن للخطابي رحمه الله تعالى ٣: ٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

لباس أو غيره، ولا يبيعه البائعُ إلاَّ أكثرَ من ثمنه بكثير، وكذلك الشراؤ منه."[١]

وقال العلامة الحصكفي رحمه الله تعالى:

"بيع المضطرّ وشراؤه فاسد"[٢]

وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى أنّ المراد من الشّراء منه، أي من المضطرّ، بأن اضطُرّ إلى بيعِ شيءٍ من ماله ولم يرضَ المشتري إلاّ بشراءه بدون ثمن المثل بغبْن فاحش."[٣]

فالفساد مختصٌّ بما إذا اضطُرّ المرأ بالبيع أو الشّراء بغبن فاحش. والظّاهر أنّه إذا اشترى شيئاً بسبب الاضطرار المذكور، يحلُّ له أن ينتفع بما اشترى لسدّ اضطراره، ولكن لايجب عليه إلاَّ ثمنُ المثل، كما ذكره شيخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى في إعلاء السنن.[٤] وليس ذلك حكماً بصحة البيع عند الحنفيّة، بل هو تناولٌ لما ملكه بعقدٍ فاسد لمكان الضّرورة، فلا يضمن إلاّ ثمنَ المثل لفساد المسمّى.

وقد جاء في الفتاوى البزّازيّة ما يدلّ بظاهره على أنّ بيع المضطرّ صحيح، ونصّها: "طالبوه بمال باطل، وأُكره على أداءه، فباع جاريته بلا إكراهٍ على البيع جاز البيع، لأنّه غيرُ متعيّن لأداءه، وهذه عادةُ الظَّلَمة إذا صادروا رجلاً أن يتحكّموا بالمال، ولايذكروا بيعَ شيءٍ من ماله. والحيلةُ له فيه أن يقول: من أين أعطي ولامال لي؟ فإذا

---

(١) النتف في الفتاوى ١: ٤٦٨

(٢) الدر المختار مع رد المحتار ١٤: ٥٦٩

(٣) ردّالمحتار، باب البيع الفاسد، ١٤: ٥٦٩ فقره ٢٣٣٢٣

(٤) إعلاء السنن، باب النهي عن بيع المضطر ١٤: ٢١٧

www.besturdubooks.wordpress.com

قال الظالم: بع جاريتك. فقد صار مكرهاً على بيع الجارية. فلا ينفذ بيعه."[1]

والظاهر منه أنه في الحالة الأولى مضطرٌ إلى البيع، ولكن صح بيعه، ولذلك احتاج إلى الاحتيال ليأمره الظالم المكره بالبيع، فيتحقق الإكراه. مما يدل على أن الفاسد هو بيع المكره، وليس بيع المضطر. ولكن حمل ابن عابدين رحمه الله تعالى هذه الجزئية على ما إذا اضطر إلى البيع بثمن المثل، وحينئذ يصح بيع المضطر. وإنما الفاسد ما وقع فيه البيعُ بغبن فاحش، كما قدمنا.[2]

ومذهب الشافعية والحنابلة في هذا مثلُ مذهب الحنفية. قال النووي رحمه الله تعالى في بيان ما إذا اشترى مضطرٌ ما يأكله:

"فإن كان المقدرَ ثمنَ المثل، فالبيعُ صحيح...وإن كان أكثرَ من ثمن المثل، والتزمه ففيما يلزم أوجهٌ أصحها عند القاضي أبي الطيب: يلزمه المسمى، لأنه التزمه بعقد لازم. وأصحها عند الروياني: لايلزمه إلا ثمنُ المثل في ذلك الزمان والمكان. لأنه كالمكره. والثالث، وهو اختيار الماوردي: إن كانت الزيادةُ لاتشق على المضطر ليسره لزمته، وإلا فلا. قال أصحابنا: وينبغي للمضطر أن يحتال في أخذه منه ببيع فاسد، ليكون الواجب عليه القيمةُ بلا خلاف."[3]

وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

---

(١) الفتاوى البزازية، كتاب الإكراه، بهامش الهندية ٦: ١٢٨

(٢) راجع ردالمحتار، باب البيع الفاسد ٤: ٥٦٩

(٣) المجموع شرح المهذب ٩: ٤٦ كتاب الأطعمة

www.besturdubooks.wordpress.com

"وإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله، لم يلزمه إلا ثمنُ مثله، لأنّه صار مستحقّاً له بقيمته، ويلزمه عوضه في كلّ موضع أخذه. فإن كان معه في الحال، وإلاّ لزمه في ذمّته."[١]

والظّاهر أنّ مذهب المالكيّة مثله، لما قال ابن عبد البرّ رحمه الله تعالى:

"وأمّا من اضطرّه الحقّ إلى بيع متاعه، او اضطرّته الحاجةُ و الفاقةُ. فلا بأس بالشّراء منه بما يجوز التّبايع به."[٢]

فقولُه: "بما يجوز التّبايع به" يدلّ بمفهومه أنّه إن كان بغبنٍ فاحشٍ لايجوز.

وبعد اتّفاق هؤلاء الفقهاء على أنّه لايلزمُه إلاّ ثمن المثل، فإنّ فيهم خلافاً في تخريج هذا الحكم. فقد ذكرنا تخريجَ الحنفيّة أنّ بيع المضطرّ فاسد، ولكن حلّ له تناولُ ما اشتراه، وضمِن القيمة، لاالمسمّى. وأمّا الشّافعيّة، فمنهم من خرّج هذه المسئلة على أنّ البيع صحيحٌ، ولكن لايلزم المضطرَّ إلاّ ثمنُ المثل، لكون البائع يجب عليه أن يبيعه بثمن المثل، ومنهم من خرّجه مثلَ تخريج الحنفيّة أنّ العقد لاينعقد، وإنّما حلّ تناولُه من أجل الاضطرار بشرطِ ضمانِ القيمة، فلا يجبُ عليه إلاّ ثمنُ المثل. وهو الظّاهرُ من كلام ابن قدامة المذكور، والله سبحانه أعلم.

٨٠- من يبيع لإفلاسه أو قضاء دَينه

أمّا الّذي لايخاف على نفسه أو نفس عياله، ولكن يحتاج بسبب إفلاسه أو قضاء دَينه

---

(١) المغني لابن قدامة ١١: ٨٠ كتاب الصّيد والذّبائح

(٢) الكافي لابن عبدالبر، باب من يجوز بيعه وتصرّفه الخ ص ٣٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

أن يبيع ماله، فليس مضطراً في الاصطلاح. فالبيعُ الّذي عقده صحيح، ولوكان بغبْن، غيرَ أنّه مكروهٌ لمن يتعامل معه لكونه خلافَ المروءة. قال الخطّابيّ رحمه الله تعالى:

"بيعُ المضطرِّ يكون من وجهين: أحدهما: أن يُضطرَّ إلى العقد من طريق الإكراه عليه، فهذا فاسدٌ لا ينعقد (يعني عند الشّافعيّة، وينعقد عند الحنفيّة فاسداً موقوفاً، كما سبق) والوجه الآخر: أن يُضطرَّ إلى البيع لدَين يركبه أو مؤنة تُرهقه، فيبيعُ مافي يده بالوكْس من أجل الضّرورة، فهذا سبيلُه في حق الدِّين والمروءة أن لايُبايَع على هذا الوجه، وأن لايُفتات عليه بماله، ولكن يُعانُ ويُقرَض ويُستَمهل له إلى الميسرة، حتىّ يكون له فيه بلاغ. فإن عُقد البيعُ مع الضّرورة على هذا الوجه، جازفي الحكم ولم يُفسخ، وفي إسناد الحديث (يعني حديث عليّ رضي الله تعالى عنه) رجلٌ مجهول لاندري من هو، إلاّ أنّ عامّة أهل العلم قد كرهوا البيع على هذا الوجه."[1]

وقال شيخنا العثمانيُّ التهانويّ رحمه الله تعالى بعد ما ساق هذه العبارة:

"ففيه أنّ الوجه الثانيَ ليس من بيع المضطرّ، بل من بيع المحتاج، فإنّ المضطرَّ شرعاً إنّما هو الخائفُ على نفسه، فلا يلحق به إلاّ مَن هو مثلُه، لامَن هو دونه. وإنّما كره عامّة أهل العلم بيعَ مثل هذ المحتاج لحقّ الدّين والمروءة، لالكونه في حكم المضطرّ."[2] والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) معالم السنن للخطابي رحمه الله تعالى ٣: ٨٧

(٢) إعلاء السنن ١٤: ٢١٤ و ٢١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

٨١- التّغرير وأثره على البيع

والأمر الثالث الّذي يُفوّت التّراضي، هو التّغرير أو الخداع من قبل أحد المتعاقدين. وإنّ اصطلاح عامّة الفقهاء أنّ الخِداع إن كان قوليّاً، فإنّه يُسمّى "تغريراً" وإن كان فعليّاً، فإنّه يُسمّى "تدليساً".

٨٢- التّغرير القوليّ وأنواعه

والتّغرير بيانٌ من أحد العاقدين يبني عليه الطّرفُ الآخر رضاه بالدّخول في العقد، ثمّ يتبيّن كونه كاذباً. وهو قريبٌ ممّا يُسمّى في القانون الإنكليزيّ تمويهاً (Misrepresentation) وهو على أنواع ثلاثة:

النّوع الأوّل: التّغريرُ في بيان جنس المبيع، وذلك مثل أن يقول بائعُ الحلية أنّها حِليةُ ذهب، فيتبيّن أنّها من فضّة مطليّة بالذّهب. فالبيع في مثل هذا باطل.[١]

والثّاني: أن يكون التّغريرُ في بيان وصفِ المبيع، مثل أن يقول بائعُ السّيّارة أنّها جديدة، أو مصنوعةٌ من بلد مخصوص، فتبيّن خلافُ ذلك. وكذلك إن علّق على المبيع بطاقةً مكتوباً عليها أنّه من صُنع يابان مثلاً، وتبيّن أنّه من المصنوعات المحلّيّة، أو جعل عليها علامةً تجاريّةً (ماركه) كاذبة. فتنطبق عليه أحكامُ خيار فوات الوصف، لأنّ قولَ البائع إنّ المبيعَ موصوفٌ بصفة معيّنة، ورضا المشتري على ذلك الأساس في حكم اشتراط ذلك الوصف في المبيع، وإذا اشتُرط وصفٌ خاصٌّ في

---

(١) قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "إذا اشترى هذه الجارية، فظهرت غلاماً، فالبيع باطل لعدم المبيع." (فتح القدير ٦: ٦٦ و٦٧ باب البيع الفاسد)

www.besturdubooks.wordpress.com

المبيع، حصل للمشتري خيارُ الفسخ عند فواته،كماسيأتي تفصيله في مباحث الخيار إن شاء الله تعالى.

والنوع الثالث: التغريرُ في بيان قيمة المبيع السوقيّة، مثل أن يقولَ البائع: قيمتُه في السّوق ألف، فيتبيّن أنه خمسمائة مثلاً أو يقول المشتري للبائع: قيمتُه في السّوق خمسمائة، فيشتريه من البائع بخمسمائة، ثمّ يتبيّن للبائع أنه يُباعُ في السُّوق بألف. وفي هذه الصّورة تنطبق أحكامُ خيار المغبون. وستأتي تفاصيلُ ذلك في مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

ومعظمُ مبادئ التّغرير متّفقٌ عليها فيما بين الأئمّة الأربعة حسب التّفصيل الآتي في مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى، ولكن انفرد الحنابلة بجزئيّة أدخلوها في التّغرير خلافاً للمذاهب الأخرى. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولو قال البائع: أعطيتُ بهذه السّلعة كذا وكذا، فصدّقه المشتري واشتراها بذلك، ثمّ بانَ كاذباً، فالبيعُ صحيحٌ، وللمشتري الخيارُ أيضاً؛ لأنه في معنى النّجش."[1]

ومعناه أنّ البائع ادّعى كاذباً أنه اشتراه بثمن كذا، وتبيّن أنه كان اشتراه بثمن أقلّ. فيقول الحنابلة إنّ المشتريَ له خيارُ الفسخ، ولو كان البيع مساومةً، لا مرابحةً. أمّا الفقهاء الآخرون، فيُثبتون هذاالخيارَ إن كان البيعُ مرابحةً، وكذَبَ البائع في بيان تكلفته، لأنّ المرابحةَ من بيوع الأمانة، كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى، والبيعُ

(۱) المغني ٤: ۲۷۸

www.besturdubooks.wordpress.com

مبنيٌّ على التّكلفة والرّبح. فالكذب في بيان التّكلفة تغريرٌ من قِبَل البائع.[١] أمّا في المساومة، فليس البيعُ مبنيّاً على تكلفة البائع. فبيانُ البائع لتكلفته في المساومة أمرٌ زائدٌ لايقتضيه البيع، فلا يُثبت الخيارَ للمشتري، لأنّ البيع لم يقع على أساس التّكلفة.

٨٣- التّغريرُ الفعليّ

أمّا التّغريرُ الفعليّ الّذي يُسمّى تدليساً، فعرّفه الدّردير رحمه الله تعالى بقوله: "هو أن يفعلَ البائعُ فعلاً في المبيع يُظنّ به كمالاً، وليس كذلك."[٢] ومن أمثلته صَبغُ الثّوب القديم ليُظنّ أنّه جديد. ويُقاسُ عليه أنّ بائعَ السّيّارات الجديدة وضع في جملتها سيّارةً مستعملةً بشيءٍ من التّدليس. وهو قريبٌ ممّا يُسمّى في القانون الإنكليزيّ "الخداع" (Fraud) وحكمُه حكمُ التّغرير في أنّه إن كان مقروناً بالغَبْن الفاحش، أو فوات الوصف المرغوب فيه، يثبتُ للمشتري خيارُ الفسخ، وفي بعض الحالات يحقّ له مطالبةُ الأرش، أو الرّجوع بالنّقصان، بأن يُطالبَ البائعَ بالفرق بين قيمة المبيع النّاقص والكامل. وسيأتي التّفصيل في مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

٨٤- الخطأ وأثره على العقد

وقد ذكر أصحابُ القوانين الوضعيّة في جملة الأمور المفوّتة للتّراضي: "الخطأ" أو "الغلط" (Mistake)[٣] وهو مختلفٌ من التّغرير أو التّدليس في أنّ التّغريرَ هو الكذب

---

(١) ردّالمحتار، باب المرابحة والتّولية ٥: ١٣٧ فقره ٢٤٠٩٦

(٢) الشّرح الكبير مع الدّسوقي ٣: ١١٥

(٣) راجع نظريّة العقد للدّكتور عبدالرّزاق السّنهوري ص ٣٤٩ ومابعده و Chitty: On Contract, Chapter 5, & Contract Law, by Neil Andrews, Chapter 10

www.besturdubooks.wordpress.com

أو الخداع المتعمَّد من أحد طرفي العقد. أمّا "الخطأ"، فهو الخطأ في فهم أحدِ العاقدَين أو كليهما، دون أن يتعمّد أحدٌ بالكذب أو الخداع.

وبما أنّ أنواع الخطأ وجزئيّاته مختلفةٌ، فإنّ فقهاء الشّريعة الإسلاميّة لم يذكروه كأصلٍ في بابٍ أو فصلٍ مستقلّ، ولكن ربّما ذكروا بعضَ جزئيّاتِه في مواضع مختلفة، وربّما استغنَوا عنه ببيان الأصول المطّردة في الأبواب الأخرى الّتي تُعطي حُكمَ الخطأ بداهةً. ونريد أن نذكر أنواعَ الخطأ في جزئيّات آتية، وبالله سبحانه التّوفيق.

٨٥- الخطأ في صيغة العقد. وهو أن يجريَ على لسان العاقد لفظُ البيع خطأً، أو تلفّظ بلفظٍ لايعرف أنّه صيغةُ إنشاء البيع. وصورتُه، كما ذكره ابن أمير الحاج رحمه الله تعالى، أنّه أراد أن يقول: "سبحان الله" فجرى على لسانه: "بعتُ هذا منك بألفٍ". وقَبِلَ الآخرُ وصدّقه في أنّ البيعَ خطأٌ، وذكر ابن الهمام أنّه ليس فيه روايةٌ عن أئمّة الحنفيّة، ولكن ينبغي أن ينعقد فاسداً، وأن يملكَ المبيع بالقبض. لأنّ هذا الكلام صدر عنه باختياره، ولكن يفوتُه الرّضا. فصار كالمكرَه. ثمّ رجّح ابنُ الهمام رحمه الله تعالى أنّ حكمَه حكمُ الهازل، فلا يملك المبيعَ بالقبض.[1] وهذا ترجيحٌ لبطلان البيع من أصله.

وصرّح الشّافعيّة أنّ بيعَ المخطئ بهذا الشّكل غير منعقد أصلاً. قال الشّربينيّ الخطيب رحمه الله تعالى: "ولابدّ أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع، كما في نظيره في

(١) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، المقالة الثانية، الفصل الرابع من الباب الأول ٢: ٢٠٥ و٢٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الطّلاق. فلو لم يقصده أصلاً كمن سبق لسانه إليه، أو قصدَه لا لمعناه، كمن لقّن أعجمياً ما لا يعرفُ مدلوله، لم ينعقد."(١)

ويبدو أنّ مذهبَ المالكيّة مثلُ مذهب الشّافعيّة أنّ البيع في مثله غيرُ منعقدٍ، لأنّه يُشترط في أسباب انتقال الملك كالبيع والهبة وغيرهما القدرةُ والعلمُ والقصدُ، كما ذكره القرافيّ رحمه الله تعالى وقال: "فمن باع وهو لا يعلم أنّ هذا اللّفظ أو هذا التّصرّفَ يُوجِبُ انتقالَ الملك، لكونه عجمياً أو طارئاً على بلاد الإسلام، لا يلزمه بيعٌ."(٢)

وأمّا الحنابلة، فلم أجد عندهم حكمَ الخطأ بهذا الشّكل صراحةً، ولكن ذكروا أنّه يُشترط لصحّة البيع أن يكون بالتّراضي منهما، وهو أن يأتي به اختياراً (٣). ويُمكن أن يُفهم منه أنّهم يعتبرون بيع المخطئ باطلاً.(٤)

أمّا أن يكون الرّجل من غير أهل اللّسان لايعرف اللّغة المحلّيّة، ولا معنى البيع، فيُمكن إثباتُه بالبيّنة. ولكن إن ادّعى أنّه يعرف معنى البيع أو الشّراء، ولكن سبقت هذه الكلمةُ على لسانه بدون قصد، فإنّ إثباتَه بالبيّنة مشكل. ولذلك اشترط ابن أمير الحاج أن يُصدّقه الطّرف الآخر في أنّه لم يقصد هذه الكلمة، وقال رحمه الله تعالى: "إذ لايُمكن إثباتُه إلاّ بهذا الطّريق."(٥)

---

(١) مغني المحتاج ٢: ٧ كتاب البيع ومثله في نهاية المحتاج ٣: ٣٧٣

(٢) الفروق للقرافيّ، الفرق السادس والعشرون ١: ١٦٢ و١٦٣ ونهاية المحتاج ٣: ٣٧٣

(٣) كشاف القناع ٣: ١٣٩

(٤) الموسوعة الفقهيّة الكريتيّة ١٩: ١٥٦ و١٥٧

(٥) التقرير والتحبير ٢: ٢٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

٨٦- **الثاني: الخطأ في وجود المبيع**: وذلك أن يُعقد البيع على اعتقاد أنه موجود، فيتبيّن أنّه غير موجود، مثل أن يبيع زيد الخضراوات المعيّنة في مخزنه، وقد رآها المشتري قبل البيع، فلمّا فُتح المخزن، تبيّن أنّها تلفت أو سُرقت قبل البيع، فالبيع باطلٌ بداهة.

٨٧- **الخطأ في اعتقاد المبيع أنّه غير مملوك للمشتري**. وذلك مثل أن يشتريَ زيدٌ عقاراً من عمروٍ باعتقاد أنّ عمرواً مالكٌ له، ثمّ يتبيّن أنّه كان مملوكاً للمشتري نفسه، مثل أن يكون قد ورثه من أحد، ولم يعلم بذلك عند الشراء. وجرت القوانين الوضعيّة على أنّ مثل هذا الخطأ يُبطل البيع.[1] ولعلّ الفقهاء استغنوا عن بيان حكمه لأنّ شرط صحّة البيع أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع، فإذا تبيّن أنّه ليس بمملوكٍ له، بطل العقد بداهة.

٨٨- **الاستحقاق**. وهو أن يشتريَ زيدٌ من عمروٍ على اعتقاد أنّه هو المالك، ثمّ يتبيّن بالبيّنة أنّ المالك الحقيقيّ هو خالد، وليس عمرواً، فقد ذكر الفقهاءُ حكمه في باب الاستحقاق بتفصيل. والموقف المختار عند الحنفيّة أنّ البيعَ لا ينفسخ بمجرّد ثبوت الاستحقاق، بل يبقى موقوفاً على إجازة المستحقّ إلى أن يقبض المستحقّ (المالك الحقيقيّ) المبيع، ويردُّ البائعُ الثّمن إلى المشتري. فإن أجاز المالكُ الحقيقيُّ البيعَ، استمرّ المشتري على ملكه، ورجع المالكُ الحقيقيُّ بالثّمن على البائع. وإن لم يُجزْه، فالبيع مفسوخ. ويستحقّ أن يقبض المبيع من المشتري، ويرجع

---

(1) Chitty: On Contacts, Para 283

المشتري بالثّمن على البائع.[١]

والحكمُ كذلك في مذهب المالكيّة، لأنّهم متّفقون مع الحنفيّة في كون بيع الفضوليّ موقوفاً. ويدلّ على ذلك ما ذكر في المدوّنة الكبرى من أنّ الأرض المؤجرة لسنين لو استُحِقّت، فإنّ المستحِقّ يكون بالخيار فيما بقي من السّنين، إن شاء أجاز الكراء إلى المدّة، وإن شاء نقض.[٢]

أمّا الشّافعيّة والحنابلة، فإنّ بيعَ الفضوليّ عندهم باطلٌ من أصله، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في باب البيع الموقوف. فينبغي أن يكون الحكمُ في الاستحقاق مثله بالطّريق الأولى.

٨٩- الخامس: الخطأ في معرفة المبيع. وهو أن يقع الخطأ في معرفة جنس المبيع، أو وصفه الجوهريّ الّذي يُبنى عليه العقد، أو في قدره. بأن يُعقد البيعُ على اعتقاد أنّ المعقود عليه من جنسٍ، فتبيّن أنّه من جنسٍ آخر، مثل أن يشتري يظنُّ أنّ ما اشتراه ياقوت، فتبيّن أنّه زُجاجٌ، أو يشتري يظنّ أنّ المبيع قماش، فتبيّن أنّه بلاستيك. وكذا إذا اتّحد الجنسُ، ولكنّ التّفاوتَ بين المعقود عليه وما أراده العاقدُ تفاوتٌ فاحشٌ، مثل أن يشتري ثوباً على ظنّ أنّه ثوبٌ مصنوع في يابان، فيتبيّن أنّه محليّ. فهذا الخطأ إن كان من كلا العاقدين، يُسمّى في القوانين الوضعيّة "خطأً مشتركا" (mutual mistake) وإن أخطأ أحد الطّرفين في زعمه، دون الآخر، فإنّه يُسمّى "خطأً فرديّاً" (unilateral mistake)واتّفقت القوانين الوضعيّة على أنّ الخطأ المشترك يُبطل

---

(١) ردّ المحتار، باب الاستحقاق ٥: ٢٩٥ و٢٩٦ فقره ٢٤٥٢٧

(٢) المدوّنة الكبرى ٤: ١٩٢، كتاب الاستحقاق

www.besturdubooks.wordpress.com

التَّراضي، فيبطُل به العقد.[1]

٩٠- الخطأ المشترك

وإنّ أقربَ نصٍّ في الحديث للجهل المشترك، (الّذي ينشأ عنه الخطأ المشترك) قصّةٌ طريفةٌ ذكرها رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن بعض أُممٍ ماضية فيما أخرجه الشّيخان عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال النّبيّ صلى الله عليه وسلم:

"اشترى رجلٌ من رجلٍ عقاراً له، فوجد الرّجلُ الّذي اشترى العقارَ في عقاره جرّةً فيها ذهبٌ، فقال له الّذي اشترى العقار: خذْ ذهبَك منّي، إنّما اشتريتُ منك الأرضَ، ولم أبتعْ منك الذّهبَ، وقال الّذي له الأرض: إنّما بعتُك الأرضَ وما فيها، فتحاكما إلى رجلٍ، فقال الّذي تحاكما إليه: ألكما ولدٌ؟ قال أحدهما: لي غلامٌ، وقال الآخرُ: لي جاريةٌ، قال: أنكحوا الغلامَ الجاريةَ، وأنفقوا على أنفسهما منه وتصدّقا."[2]

وقد ذكر الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى أنّه قد وقع في رواية إسحق بن بشر في هذا الحديث أنّ الّذي وجده المشتري في الأرض كان كنْزاً مدفوناً، وقال البائع: "ما دفنتُ ولا علمتُ"[3]

وهذه القصّة في الواقع مثالٌ نيّرٌ لديانة المتعاقدين وورعهم وتقواهم، حيثُ لم يقعْ بينهما نزاعٌ بمحاولة كلٍّ منهما أن يتملّك ذلك الكنز، بل حصل بينهما التّدافعُ

---

(١) Chitty: On Contracts, Para 275 ونظرية العقد للدكتور عبدالرزاق السنهوري ص ٣٧٨

(٢) صحيح البخاري، قبيل كتاب المناقب، حديث ٣٤٧٢

(٣) فتح الباري، كتاب أحاديث الأنبياء ٦: ٥١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

بالعكس، وعرَض المشتري ما وُجد في الأرض من زيادة، وأبى البائع أن يقبله، حتى تحاكما إلى رجل حكَم بما ينفعهما بطريق الصلح. ولكن ذكر الفقهاءُ تحت هذا الحديث حكمَ أصل المسئلة، ومَن كان يستحقه بحكم البيع. وبعبارة أخرى: لو حدث بينهما نزاع، وادّعى البائعُ أنّه باع أرضاً ولم يعلم بما فيها، ولو علم لزاد في قيمتها، وأبى المشتري. فمن يستحقّ الكنز؟ وفيه قال العينيُ رحمه الله تعالى:

"حكى المازريّ خلافاً عندهم فيما إذا ابتاع أرضاً، فوجد فيها شيئاً مدفوناً، هل يكون ذلك للبائع أو للمشتري؟ فإن كان من أنواع الأرض، كالحجارة والعُمُد والرُّخام، فهو للمشتري، وإن كان كالذّهب والفضّة، فإن كان من دفين الجاهليّة، فهو ركاز، وإن كان من دفين المسلمين، فهو لقطة...وقال ابن التّين: فإن كان من دفائن الإسلام، فهو لقطة، وإن كان من دفائن الجاهلية، فقال مالك: هو للبائع، وخالفه ابن القاسم، فقال: إنّ ما في داخلها بمنزلة ما في خارجها، وقول مالك أحسن، لأنّ من ملك أرضاً باختطاط، ملك ما في باطنها، وليس جهله به حين البيع يُسقط ملكه فيه."

وقال الأُبّيّ رحمه الله تعالى:

"قلت: وعلى أنّه ركاز، فقال ابنُ القسم: هو للمشتري، وقال مالك: هو للبائع، وصوّبه اللّخميُّ، وما ذكر من أنّه لقطة كان الشّيخ يقول: إنّما هو للبائع، والخلافُ فيما يكون للمشتري أو للبائع إنّما هو فيما يُوجد من الرّكاز. وكانت نزلت في دار رجل يقال له: القباطيّ، توفّي، فبيعت الدّار، فوجد المشتري فيها بوقالاً مملوءاً ذهباً، فحكم القاضي عمرُبنُ عبد الرّفيع به

www.besturdubooks.wordpress.com

لورثة البائع، أشهد على حكمه بذلك الشيخ وغيره من أكابر العدول، وكان الشيخ يصوّب حكمه بذلك، والأقرب، والله أعلم، أنّ ما كان من دفن الإسلام في القديم، فهو لقطة، وإن كان دفنه فيما قرب من الزمان فهو للبائع أو الورثة. وللقرائن في ذلك مدخل. وكان هذا القباطيُّ مات فجأةً قتيلاً لم يوص، وجعل ذلك من القرائن الدالّة على أنّ المال له."[1]

وهذا يدلّ على أنّ جهل ما يتضمّنه المبيع من الأشياء الثمينة لايسقط حقّ البائع فيها، وهو قريب من الخطأ المشترك، لأنّ كون الأرض فيها كنز، لم يعرفه أحدٌ من العاقدين. ولكن لم يبطل به البيع، بل ثبت حقّ البائع في الكنز الذي لم يكن محلّ العقد. ولم يذكر هؤلاء الفقهاء حكم ما إذا طلب البائع فسخ العقد على أساس أنّه لو علم أنّ فيه كنزاً، لزاد في قيمته، لأنّ حلّ المشكلة يمكن بتسليم الكنز إلى البائع، وبيع الأرض لايتضمّن شيئاً آخر من غير جنسه. أمّا إذا وجد ما هو من جنس الأرض، كالحجارة والرخام، فهو داخلٌ في بيع الأرض، لأنّ "الأرض" يشمل ما في باطنها من جنسها، فدخل مافي بطنها، سواءٌ أعلمه العاقدان أم لم يعلما.

وقد ورد في قول المالكيّة ما يدلّ على أنّ العقد في الخطأ المشترك باطلٌ. قال الحطّاب ناقلاً عن ابن رشد:

"من اشترى ياقوتة وهو يظنّها حجراً، ولايعرفها البائع ولاالمبتاع، فيجدها على ذلك، أو يشتري القرط يظنّه ذهباً، فيجده نحاساً، أنّ البيع يردّ في

(١) شرح الأبي على صحيح مسلم (إكمال إكمال المعلم)، كتاب الأقضية ٥: ٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الوجهين. وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يسمّ أحدهما الشيء بغير اسمه،[1]
وإنما سمّاه باسم يصلح له على كلّ حال."[2]

والأصلُ عند الحنفيّة أنّه لو وقع الخطأ في تعيين جنس المبيع، مثل أن يقع البيعُ على الخلّ، فتبيّن أنّه دبس، فالبيع باطل، إلا عند الكرخيّ رحمه الله تعالى، حيثُ جعله فاسداً. وإن كان الخطأ في تعيين وصف المبيع، مثل أن يبيع كبشاً، فتبيّن أنه نعجة،[3] فإنّه يُثبت الخيار للمشتري.[4]

وكذلك الأصل عندهم أنّه لو وقع الاختلاف في التسمية والإشارة، بحيثُ سمّى شيئاً وأشار إلى الآخر، فالعبرةُ للتسمية، دون الإشارة، بحيثُ إن كان المشارُ إليه عينَ المسمّى، صحّ البيع، وإن كان المشارُ إليه غيرَ المسمّى، فالبيع باطلٌ إن كان هناك اختلافُ الجنس، ويثبت الخيار إن كان بغير الوصف المسمّى.

٩١- الخطأ الفرديّ

أمّا إذا كان الخطأ فرديّاً، بأن أخطأ ظنُّ أحدهما دون الآخر، فلا نستطيع أن نذكر فيه حكماً عامّاً يشمل جميع جزئيّاته، وإنّما يدورُ حكمُه على نوع التّعامل. ففي بعض

---

(١) لأنّه لو سمّاه بغير اسمه دخلت المسئلة في التّغرير، لا الخطأ.

(٢) مواهب الجليل ٤: ٤٦٦

(٣) لأنّ الذّكورة والأنوثة في البهائم وصفٌ عند الحنفيّة. وقال الحنابلة: لو قال البائع بعتُك هذا البغل بكذا، فقال اشتريته، فبان المشارُ إليه فرساً أو حماراً لم يصحّ البيع، ومثله بعتُك هذا الجمل فبان ناقة ونحوه، فلا يصحّ البيعُ للجهل بالمبيع. (كشاف القناع ٣: ١٥٤) فاختلاف الذّكورة والأنوثة عندهم اختلافٌ في الجنس.

(٤) راجع تبيين الحقائق للزيلعي ٤: ٣٨٠ و ٣٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

الصور، حكم الفقهاء بأنه لايؤثر الخطأ الفرديُّ على صحة العقد، بل إذا وقع الخطأ من أحد العاقدين في البيع، فالبيعُ صحيحٌ منعقدٌ بالرّغم من كون أحدهما أخطأ في معرفة المبيع. قال الحطّاب رحمه الله تعالى ناقلاً عن أشهب:

" سُئل مالكٌ عمّن باع مُصلّى، فقال المشتري: أتدري ما هذا المصلّى؟ هي - والله خزٌّ - ، فقال البائع: ما علمتُ أنّه خزٌّ، ولو علمتُه ما بعتُه بهذا الثّمن. قال مالكٌ: هو للمشتري، ولا شيءَ للبائع، لو شاء استبرأه قبل بيعه."[1]

وقال القليوبيّ من الشّافعيّة:

" لو اشترى زجاجةً يظنُّها جوهرةً فالعقد صحيحٌ، إن لم يصرِّح بلفظ الجوهرة، وإلّا فالعقد باطلٌ، وحكى عن شيخه صحّة العقد وثبوت الخيار قال: وفيه نظر".[2]

ولكن هناك بعض أنواعٍ من العقود يؤثّر فيه الخطأ الفرديّ أيضاً، ويُبطل العقد، بشرط أن يعترف الطّرفُ الآخر بخطأه، مثل ما ذكره إمام الحرمين الجوينيّ رحمه الله تعالى في بيان المرابحة:

"فأمّا إذا قال البائع: قد غلطتُ إذ ذكرتُ المائة (يعني ذكرتُ أنّي اشتريتُ هذه السّلعة بمائة، وأربحك عليه) فإنّي كنتُ اشتريتُه بمائة وخمسين، فإن

---

(١) مواهب الجليل ٤: ٤٦٦

(٢) حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلي على المنهاج ٢: ١٦٤، والمجموع ١٢: ٣٣٤، ٣٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

صدّقه المشتري في ذلك، وثبت الغلطُ بتوافقهما، فالّذي ذكره الجمهور من الأصحاب أنّا نتبيّن فسخَ العقد من أصله..فأمّا إذا لم يعترف المشتري بما ادّعاه البائع، فقال البائع: قد كنتُ اشتريتُ بمائة وخمسين، وغلطتُ بذكر المائة، فلا يُرجع إلى قول البائع."(١)

وقد ذكر الجوينيّ رحمه الله تعالى قبل ذلك أنّ البائعَ في المرابحة إن أخطأ بالعكس من المسئلة السّابقة، بأن ذكر أنّه اشترى بمائة وخمسين مثلاً، ثمّ بان أنّه ذكر ذلك خطأً، وإنّما اشترى بمائة، فالعقد صحيحٌ، ويُحطّ من ثمن المبيع بقدر خمسين وربحه.(٢)

ويتحصّل من هذه الجزئيّات أنّه يصعُب بيانُ حكمٍ عامّ للخطأ في جميع العقود وجميع الحالات. وإنّ الأصل المتّبَع فيه هو أثر الخطأ على التّراضي، ومعرفةُ مستوى الضّرر الّذي حصل بسبب الخطأ، وتعيينُ من يتحمّل تبعةَ ذلك الخطأ. وهذا يُمكن أن يختلف من عقدٍ إلى عقد، ومن حالٍ إلى حال. ولعلّ هذا هو السّبب في أنّ الفقهاء لم يذكروه كأصل، وإنّما تكلّموا على حُكمه في مختلف الأبواب والجزئيّات، لأنّ لكلّ واحد منها حكماً مستقلاً لايجب أن يطّرد في الأحوال والجزئيّات الأخرى. والفصلُ في مثل هذه الأشياء موكولٌ إلى القضاء، ويحكُم القاضي حسب ما يراه أوفقَ بالعدل والأصول الثّابتة في كلّ قضيّةٍ تعرض أمامه.

---

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب للجوينيّ ٥: ٢٩٩ و٣٠٠، باب المرابحة

(٢) نهاية المطلب ٥: ٢٩٨ و٢٩٩

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا القوانين الوضعيّة، فقد اختلفت في حكم الخطأ الفردي. فالأصل الّذي جرى عليه القانون الإنكليزيُ، هو أنّ الخطأ إنّما يُعتبر مُفسداً للتّراضي إذا كان خطأً مشتركا (mutual mistake). أمّا الخطأ الفرديّ (unilateral mistake) فلا يؤثّر على صحّة العقد في عامّة الأحوال، ويبقى العقد صحيحاً. فقالوا: لواشترى أحدٌ خاتماً باعتقاد أنّه خاتم الذّهب، ولم يذكر البائع أنّه من ذهب أو فضّة، وإنّما باع خاتماً مطلقاً، ثمّ تبيّن للمشتري أنّه خاتمُ فضّة، فليس للمشتري الخيار في فسخ البيع.(١)

أمّا القانونُ الفرنساويُّ، فإنّه يعتبر خطأ الطّرفِ الواحد مُفسداً للعقد إن كان الطّرفُ الآخرُ يعلم أنّ المتعاقدَ معه في ظنٍّ خاطئٍ ولم يُنبّهه على ذلك.(٢)

٩٢- بيع التّلجئة والهزل

وممّا لايوجد فيه التّراضي "بيع التّلجئة". وأصلُه، كما عرّفه ابن قدامة رحمه الله تعالى: "أن يخاف أن يأخذَ السّلطانُ أوغيرُه مِلكَه، فيُواطئُ رجلاً على أن يُظهرا أنّه اشتراه منه، ليَحتَمِيَ بذلك، ولايريدان بيعاً حقيقيّا."(٣) وفرّق بعضُهم بينه وبين الهزل أنّ الهزلَ أعمّ، حيث يجوز للهازل أن لايكونَ مضطرّا، والتّلجئة إنّما تكون في الاضطراركما سبق. و لكن قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "والأظهرُ أنّهما سواءٌ

---

(١) Chitty: On Contracts, v.1.p.126, Chapter 5, para 272 وبالرغم من بيان هذا الأصل، فإنّه ذكر في الفقرة ٢٨٩ ومابعدها أحوالاً خاصّة يُعتبر فيها الخطأ الفرديّ مفوّتاً للرّضا.

(٢) نظرية العقد للدكتور السنهوريّ ص ٣٨٣إلى ٣٨٥

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

في الاصطلاح، كما قال فخر الإسلام: التلجئة هي الهزل."[١]

والحاصل أنّ المراد من بيع التلجئة أو الهزل اصطلاحاً أن يعقدا البيع بتفاهم سابق أنّهما لايريدان بذلك بيعاً حقيقياً، وإنّما يُظهران عقد البيع أمام غيرهما لسبب من الأسباب.

وحكمُ التلجئة أنّهما إن تواضعا قبل البيع أنّ ما سيعقدانه من البيع، فإنّه هزلٌ غيرُ مقصود، ثمّ عقدا البيع، فالبيع باطلٌ غيرُ منعقد، لأنّهما تكلّما بصيغة البيع في الظّاهر، ولم يقصدا البيع في الباطن، فنعدم التّراضي الّذي هو شرطٌ لصحّة البيع. وهذا ظاهرُ الرّواية عن أبي حنيفة، وهو قول صاحبيه، وهو المشهور من مذهب الإمام أحمد، رحمهم الله تعالى جميعاً.[٢]

وقال الشّافعيُ رحمه الله: البيعُ منعقد، لأنّه لاعبرةَ بما اتّفقا عليه في السّرّ، وإنّما العبرةُ بالعقد الّذي أظهراه، وقد عقدا عقداً صحيحاً بشرائطه، فلايؤثّر فيه ماتقدّم من الشّرط.[٣]

ولم أجد عند المالكيّة حكمَ ما إذا تواضع المتعاقدان قبلَ العقد أنّ ما سيعقدان من عقد فإنّه يكون هزلاً، ولكن ذكروا حكمَ ما إذا ادّعى أحدهما أنّه لم يُرد العقد، وأنّ ما تكلّم به كان هزلاً. والّذي يظهر من عباراتهم في هذه المسئلة أنّهم فرّقوا بين ما إذا كان البيعُ بصيغة الماضي، وبين ما إذاكان بصيغة المضارع، فقالوا: لوكان البيعُ بصيغة

---

(١) ردالمحتار ٥: ٢٧٣

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٨٩ والفروع لابن مفلح ٦: ١٧٦

(٣) المجموع شرح المهذب ٩: ٣٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الماضي، لم يُقبلْ دعوى الهزل من أحدهما، ولو حلف على ذلك. أمّا إذا كان بصيغة الأمر، قُبِل قوله في دعوى الهزل مع الحلف.[1]

وقد ذكر المالكيّةُ التّلجئةَ فيما يُسمّونه "شهادةَ الاسترعاء". ومعناه أن يكتُب المسترعِي كتاباً سِرّاً، بأنّه إنّما يفعل هذا التّصرّفَ لأمرٍ يتخوّفه على نفسه، أو ماله، وأنّه يرجعُ فيما عَقَد عند أمْنِه ممّا يتخوّفه، ويُشْهِد على ذلك شهودَ الاسترعاء. فإنّهم أجازوا القضاءَ بشهادةِ الاسترعاء على بعض التّصرفات الّتي يقوم بها الإنسان اضطراراً، كالطّلاق، والوقف، والهبة، والتّزويج، ونحو ذلك. وقدْ ذكر ابنُ فرحون رحمه الله تعالى أنّه يجُوزُ الاسترعاءُ في التّصرّفات الّتي هي من باب التّطوّع، كالطّلاق، والتّحبيس، والهبة، ولا يلزمه أن يفعل شيئاً من ذلك، وإن لم يُعلَم السّببُ إلاّ بقوله. مثل أن يُشهد أنّيْ إن طلّقتُ، فإنّيْ أطلّق خوفاً من أمرٍ أتوقّعه من جهة كذا، أو حلف بالطّلاق، وكان أشهد أنّي إن حلفتُ بالطّلاق، فإنّما هو لأجل إكراهٍ ونحو ذلك. فهذا وما ذكرناه معه لا يُشترط فيهما معرفةُ الشّهودِ السّببَ المذكور.

ولكنْ قال ابن فرحون رحمه الله تعالى:

"لا يجوز الاسترعاءُ في البيوع، مثل أن يُشهد قبل البيع أنّه راجعٌ في البيع، وأنّ بيعه لأمرٍ يتوقّعه، لأنّ المبايعةَ خلافُ ما تطوّع به، وقد أخذ البائعُ فيه

---

(١) جاء في شرح الدردير: "وهو كذلك عند ابن القاسم، حيثُ فرّق بين الماضي والمضارع. وقال الدسوقيّ تحته: "أي فقال بلزوم البيع به، ولو حلف أنّه لم يرض. وقوله "والمضارع" أي فقال إنّه يلزم به البيع مالم يحلف أنّه لم يُرد البيع وأنّه لم يرض به.(الدسوقيّ، باب ينعقد البيع بما يدلّ على الرضا٣: ٢ إلى ٣: ٥ وراجع أيضاً حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب، باب في النكاح ٢: ٥١ والفواكه الدواني، باب في أحكام النكاح ٢: ٤.

www.besturdubooks.wordpress.com

ثمناً، وفي ذلك حقٌّ للمبتاع، إلاّ أن يعرفَ الشهودُ الإكراهَ على البيع، أو الإخافةَ، فيجوز الاسترعاءُ إذا انعقد قبلَ البيع، وتضمّنَ العقدُ شهادةَ من يعرف الإخافة والتوقّعَ الّذي ذكره.[١]

وحاصلُ ذلك أنّ البيع ينعقد، وإن أشهد قبله أنّه لايعقده بجدّ، حتّى يثبت أنّه فعل ذلك على سبيل الإكراه، وعلم الشّهودُ ذلك، وشهدوا به. ولعلّ ذلك يدخل في الإكراه، دون التّلجئة. ولكنّ العلّة الّتي ذكرها ابنُ فرحون رحمه الله تعالى لصحّة البيع من أنّه تعلّق به حقّ المشتري وقد دفع لذلك ثمناً، يدلّ على أنّ المتعاقدين إن تواضعا على أنّ لبيع صُوريّ، ولايقصدان البيع، فلايتعلّق به حقّ المشتري، ولا توجد العلّة الّتي لم يُقبل الاسترعاء بسببها. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وحجّةُ الحنفيّة والحنابلة في عدم صحّة بيع التّلجئة أنّ هذا البيعَ يفوتُه التّراضي، وهو شرطٌ لصحّة البيع بنصّ القرآن الكريم، فلا يصحّ البيع. وهذا إذا ثبت أنّهما عقدا البيع بناءً على مواضعتهما السّابقة. أمّا إذا قالا بعد البيع: قد أعرضْنا وقتَ البيع عن الهزْل إلى الجدّ، فالبيع صحيحٌ، والهزل باطل. وإن اتّفقا على أنّه لم يحضُرْهما شيءٌ عندالبيع من البناء والإعراض، أواختلفا في البناء على المواضعة والإعراض عنها، فالعقد صحيحٌ عندأبي حنيفة في الحالين، خلافاً لصاحبيه. فجعل أبوحنيفة رحمه الله تعالى صحّةَ الإيجاب أولى بالاعتبار لأنّها الأصل، وهما اعتبرا المواضعة، إلاّ أن يوجد ما يُناقضها.

هذا إذا كان الهزلُ في أصل البيع. وقد يكون في قدرِ الثّمن دون أصل البيع، مثل أن

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٥ و ٦

يتّفقا على الجدّ في العقد بألف، لكنّهما تواضعا على البيع بألفين، ثم عقدا البيع بألفين، واتّفقا على بناء العقد على المواضعة، فالثّمنُ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ألفان، ولاعبرة بالمواضعة السّابقة، لأنّهما جادّان في العقد، والعملُ بالمواضعة يجعله شرطاً فاسداً، فيُفسد البيع. فكان العملُ بالأصل عند التّعارض أولى من العمل بالوصف. والأمرُ عند أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى مثل الأمر في المواضعة في أصل العقد، يعني أنّ البيعَ ينعقد بألف، إلاّ إذا اتّفقا على الإعراض عند العقد عن المواضعة السّابقة.

وقد يكون الهزلُ في جنس الثّمن، مثلَ أن يتواضعا على مائة دينار، وإنّما الثّمنُ مائة درهم، أوبالعكس. فالبيعُ في هذه الحالة جائزٌ بالمسمّى في العقد على كلّ حال بالاتفاق، ولاعبرةَ بالمواضعة، سواءٌ اتّفقا على بناء العقد عليها، أو على الإعراض عنها، أو على أنّه لم يحضرهما شيئٌ عند العقد.

أمّا أبو حنيفة رحمه الله تعالى، فقد مرّ على أصله من عدم اعتبار المواضعة، وأمّا أبويوسف ومحمّد رحمهماالله تعالى، فقد فرّقا بين المواضعة في الثّمن والمواضعة في الجنس، ووجهُه عندهما أنّ العمل بالمواضعة مع صحّة البيع ممكنٌ في الأولى، دون الثّانية، لأنّ البيعَ في صورة البناء لايصحّ بدون تسمية البدل، وإذا اعتُبرت المواضعة كان البدلُ مائةَ دينار، وهو غيرُ مذكور في العقد، والمذكورُ فيه مائة درهم، وهي غيرُ البدل، بخلاف المواضعة في القدْر، فإنّه يمكن تصحيحُ البيع مع اعتبارها بأن ينعقد بالألف الموجود في الألفين."[1]

(١) هذا ملخص مافي نسمات الأسحار لابن عابدين، وهو شرح إفاضة الأنوار شرح المنار ص ٢٦٤ النوع الثاني في العوارض المكتسبة. و نقل ابن عابدين منه جملة في ردالمحتار ٤: ٥٧٣

www.besturdubooks.wordpress.com

٩٣- العقود الصّوريّة

وماذكرنا من حكم التّلجئة يُقاربُه ما يُسمّى فى القوانين الوضعيّة "عقوداً صُوريّة" (ostensible contracts) وتسمّى في بلادنا Benami Contracts وهيَ أن تُشترى أرضٌ باسم غيرِ المشترى الحقيقيّ، وتُسجّلُ الأرض باسمه فى الجهات الرّسميّة، وذلك لأغراضٍ ضريبيّة، أو لأغراضٍ أخرى، ولكنّ المشتريَ الحقيقيَّ هوالّذى دفع ثمنه. وعدّةٌ من القوانين الوضعيّة تعترف بكونها صُوريّة، وبأنّ العبرةَ فيما بين المتعاقدين بالعقد الحقيقيِّ المستتر. قال الدّكتور عبدالرزاق السنهوري:

"أمّا بالنّسبة للمتعاقدين والورثة، فالعقد الصُّوريّ لاوجودَ له، والعقدُ الحقيقيّ هو الّذى يَسْرِى في حقّهم بقدرما تتوافر فيه شروطُ الصّحّة. ونحنُ فى هذا إنّما نطبّق مبدأسلطان الإرادة، فالمتعاقدان قدأرادا العقدَ المستتِر، لاالعقدَ الظّاهر، فيلتزمان بما أراداه، لابما لم يُريداه. وهذا يتّفق مع ما تقضى به المادّة ١٣٢١ من القانون المدنيّ الفرنسيّ من أنّ العقود المستترة لاتُنتجُ أثرَها إلاّ فيما بين المتعاقدين، وقد استقرّ الفقهُ والقضاءُ فى فرنسا على ذلك، كما أنّ الفقهَ والقضاءَ فى مصر قد سلّما بالمبدأ أيضاً دون نصٍّ، لاتّفاقه مع القواعد العامّة."[١]

وكذلك القانونُ الوضعيّ في بلادنا يعترف بأنّ المشتريَ الحقيقيَّ هو الّذى يدفع الثمن. أمّا الّذي سُجّل العقد باسمه صُورةً، فإنّه يُعتبر أميناً للمالك الحقيقيّ، ووكيلاً له، لاتّخاذ الإجراءات القانونيّة. ولذلك ذُكرت هذه الصّورة فى قانون العُهدة الماليّة

---

(١) نظريّة العقد للسنهوري ص ٨٣٥ و ٨٣٦ فقره ٧٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

(Trusts Act) مادة ٨٢. وقد أتيح للمشتري الحقيقي في القوانين الأخرى أن يثبت أنّ الذي وقع العقد باسمه مالكٌ صوريٌّ، وأنّه هو المالك الحقيقي.(١) واعترف القانون الإنكليزيّ بتصوّر المالك الصوريّ (ostensible owner) وهو الذي سجّل العقار باسمه، ولكنّه ليس مالكاً حقيقياً(real owner) كما جاء في المادة ٤١ من قانون "انتقال الأملاك" السّائد في شبه القارة الهنديّة باسم (Transfer of Property Act 1882) وهو مبنيّ على القانون الإنكليزيّ.

وعلى هذا الأساس أفتى علماءُ شبه القارة الهنديّة بأنّ مجرّد تسجيل الأرض باسم أحدٍ لايستلزم أن يكون هو مالكاً لها، فلو اشتراها أحدٌ باسم رجلٍ آخر لم يدفع الثّمن، وإنما دَفع الثّمن من قِبَل الأوّل، فمجرّدُ هذا التّسجيل لايعني أنّه وهب له الأرض.(٢)

٩٤ـ عقود الإذعان

وقد اشتهر في عصرنا اصطلاح "عقود الإذعان" والمراد منه العقود التي ينفرد فيها أحد طرفيها بوضع شروط معيّنة دون أن يكون للطّرف الآخر مجال للمساومة أو النّقاش أو التّعديل فيها، بل تلزمه تلك الشّروط إن رغب في التّعامل مع الطّرف الأوّل، فليس له خيار إلاّ أن يقبلها، أو يترك التّعامل معه. وسُمّيت هذه العقود بعقود الإذعان لأنّ أحد طرفي العقد يُذعِن ويخضع لشروط الطّرف الآخر. وذلك مثلُ التّعامل مع شركات الكهرباء، والغاز، والبنزين، ووسائل النّقل، من القطارات، والحافلات، والبريد، وما إلى

---

(١) See 57[th] Report of the Law Commission of India on Benami Transactions 1973, paras 2.4, 2.5, 2.11

(٢) راجع إمداد الفتاوى للشيخ أشرف علي التّهانوي رحمه الله تعالى ٣: ٤١٤ و ٤١٥ سؤال ٤١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ذلك. فإنَّ السّعر وشروط التّعاقد في كلّ واحد منها مقدّرة من قبل مقدّمي هذه الخدمات، ولا مجال للمتعامل معهم إلاّ أن يقبل تلك الشّروط أو يترك التّعامل.

وبما أنّه لا مجال فيها للمساومة والمماكسة، فإنّه قد يُظنّ أنّ هذه العقود مخالفة لمبدأ التّراضي، ومشابهة لبيع المكرَه، فلا ينبغي أن تجوز. والحقُّ أنّها غير داخلة في بيع المكرَه، لأنّ المكرَه ليس له خيار إلاّ أن يدخل في العقد على شروط المكرِه، ولا يستطيع أن يرفض الدّخول في العقد. وأمّا عقود الإذعان، فإنّها لا تجبر أحداً في الدّخول في العقد، فكلّ واحد له الخيار في أن يدخل فيها أو يتركها، ولكن إذا رغب في الدّخول، وجب أن يدخل فيها بشروط معيّنة من الطّرف الآخر. وإنّ هذا النّوع من الإذعان يتحقّق أمام كلّ بائع وضع لمبيعاته ثمناً لا يتنازل عنه، ويقول للمشترين: "إمّا أن تشتروها بهذا الثّمن أو اتركوها" فمن دخل في البيع بعد ذلك، لايقال إنّ البيع وقع بدون التّراضي.

ولكنّ ذلك مستساغ في البيوع الّتي تنعقد في السّوق بمنافسة حرّة، وبشروط عادلة. أمّا في البيوع والعقود الّتي تتعلّق بحاجيّات النّاس العامّة، مثل الكهرباء والغاز ووسائل النّقل، فإنّ ترك التّعاقد مع مقدّمي هذه الخدمات وإن كان ممكناً نظريّاً، فإنّه لايمكن لعامّة النّاس، لكونهم لاغنىً لهم عن تلك الحاجيّات، وإنّ الجهات الّتي تُقدّمها لها السّيطرة الكاملة عليها، ولا يوجد من يُنافسها فيها. وفي مثل هذه الحالة، فإنّ الشّروط المفروضة إن كانت عادلةً ليس فيها تعسّف، فليس هناك ما يمنع جواز هذه العقود. وإن كانت الشّروط متعسّفة، فإنّ لوليّ الأمر أن يتدخّل فيها لمصلحة النّاس، ويتأتّى فيها ما ذكرناه في حُكم بيع المضطرّ والمكرَه بغبن فاحش، وكما سيأتي في أحكام التّسعير. وبذلك صدر قرارٌ لمجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ. وهذا نصّه:

www.besturdubooks.wordpress.com

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) في الفترة من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١- ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع (عقود الإذعان) وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله

قرر ما يلي :

١ـ عقود الإذعان مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات تحكمها الخصائص والشروط الآتية :

أ ـ تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام ... إلخ .

ب ـ احتكار - أي سيطرة - الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا ، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

ج ـ انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله .

د ـ صدور الإيجاب (العرض) موجها إلى الجمهور ، موحدا في تفاصيله وشروطه وعلى نحو مستمر .

www.besturdubooks.wordpress.com

٢ـ يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحُكْميين (التقديريين) وهما كل ما يدل عرفا على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيهما على إنشائه، وفقاً للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب، من غير اشتراط لفظٍ أو كتابة أو شكلٍ محدد.

٣ـ نظرا لاحتمال تحكم الطرف المسيطر في الأسعار والشروط التي يُمليها في عقود الإذعان، وتعسُّفه الذي يُفضي إلى الإضرار بعموم النّاس، فإنّه يجب شرعاً خضوعُ جميع عقود الإذعان لرقابة الدّولة ابتداءً (أي قبل طرحها للتعامُل بها مع الناس) من أجل إقرار ما هو عادلٌ منها، وتعديلِ أو إلغاءِ ما فيه ظلمٌ بالطرف المذعن، وفقاً لما تقضي به العدالةُ شرعاً.

٤ ـ تنقسم عقود الإذعان في النّظر الفقهيّ إلى قسمين:

أحدُهما: ما كان الثّمنُ فيه عادلاً، ولم تتضمّنْ شروطُه ظلماً بالطرف المذعن، فهو صحيح شرعاً، مُلزمٌ لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حقُّ التدخُّل في شأنه بأيِّ إلغاءٍ أو تعديلٍ، لانتفاء الموجِب الشرعيّ لذلك، إذ الطرفُ المسيطر للسلعةِ أو المنفعة باذلٌ لها، غيرُ ممتنع عن بيعها لطالبها بالثّمن الواجب عليه شرعاً، وهو عوضُ المثل (أو مع غبْنٍ يسيرٍ، باعتباره مَعْفُوّاً عنه شرعاً، لعُسر التحرُّز عنه في عقود المعاوضات الماليّة، وتعارُف النّاس على التّسامح فيه) ولأنّ مبايعة المضطر ببدل عادل صحيحةٌ باتّفاق أهل العلم.

والثّاني: ما انطوى على ظُلم بالطرف المذعن، لأنّ الثّمن فيه غيرُ عادل (أي فيه

www.besturdubooks.wordpress.com

غبن فاحش) أو تضمن شروطاً تعسفيّة ضارّة به، فهذا يجب تدخّل الدّولة في شأنه ابتداءً (قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبريّ العادل، الّذي يدفع الظّلمَ والضّررَ عن النّاس المضطرّين إلى تلك السّلعة أو المنفعة بتخفيض السّعر المتغالي فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشّروط الجائرة، بما يحقّق العدلَ بين طرفيه، استناداً إلى:

أ ـ أنّه يجب على الدّولة (وليّ الأمر) شرعاً دفعُ ضرَر احتكار فرد أو شركة سلعةً أو منفعة ضروريّة لعامّة النّاس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثّمن العادل (عوض المثل) بالتّسعير الجبريّ العادل، الّذي يكفل رعايةَ الحقّين: حقّ النّاس بدفع الضّرر عنهم النّاشئ عن تعدّي المحتكر في الأسعار أو الشّروط، وحقّ المحتكر بإعطائه البدلَ العادل.

ب ـ أن في هذا التّسعير تقديماً للمصلحة العامّة ـ وهي مصلحة المضطرّين إلى السّلع أو المنافع في أن يشتروها بالثّمن العادل ـ على المصلحة الخاصّة وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة، إذ من الثّابت المقرّر في القواعد الفقهيّة أنّ "المصلحة العامة مقدّمة على المصلحة الخاصّة" وأنّه "يتحمّل الضررُ الخاصُّ لمنع الضرر العامّ".

٥. يفرق في الوكالات الحصريّة للاستيراد بين ثلاث حالات:

الأولى: أن لا يكون هناك ضرورةٌ أو حاجةٌ عامّة أو خاصّة بفئة من النّاس إلى المنتج الّذي تتعلّق به الوكالة الحصريّة، نظراً لكونه من السّلع أو المنافع

www.besturdubooks.wordpress.com

الترفيهية التي يمكن الاستغناء عنها، أو كان هناك ضرورة أو حاجة غير متعيّنة إليه. لوجود مثيل أو بديل له متوفر في السوق بسعر عادل، فإن من حق الوكيل المستورد أن يبيعه بالثمن الذي يتراضى مع المشتري عليه، وليس للدولة أو للقضاء حقُّ التدخُّل بالتسعير عليه فيه، إذ الأصل في صحة العقود التراضي، وموجبها ما أوجبه العاقدان على أنفسهما به، ولأنّ اختصاص صاحب الوكالة بالمنتج واحتكاره له (بالمعنى اللغويّ للاحتكار) جائزٌ شرعاً، حيث إن من حقه بيع ما يملك بالثمن الذي يرضى به، ولا يتضمن ظلماً أو إضراراً بعامّة الناس، ولا يجوز التسعير عليه فيه.

والثانية: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعيّنة بمتعلّق الوكالة الحصرية، وأن يكون الوكيل باذلاً له بثمنٍ عادل، لا يتضمن غَبْنًا فاحشا أو تحكُّما ظالما، وعندئذ فلا يجوز تدخل الدولة بالتسعير عليه، لأنّ اختصاصه واحتكاره المنتَج تصرُّفٌ مشروع في مِلْكه، لا ظلم فيه لأحد، ولا إضرار بالناس المحتاجين إليه، فلا يتعرّض له فيه.

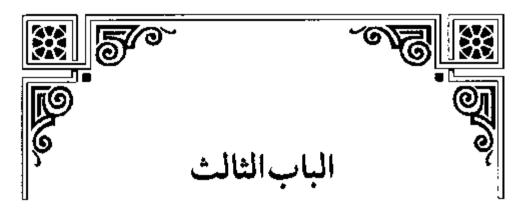
والثالثة: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلّق الوكالة الحصرية، والوكيل مُمتنِعٌ عن بيعه إلا بغبن فاحش أو بشروط جائرة. ففي هذه الحال يجب على الدولة أن تتدخّل لرفع الظلم عن المحتاجين إليه بطريق التّسعير الجبريّ على الوكيل.

والله تعالى أعلم."[1]

---

(١) قرار رقم ١٣٢ (١٤/٦) بشأن عقود الإذعان، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ٤١٥ إلى ٤١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثالث

المستثنيات من اشتراط التراضي

٩٥- المستثنيات من اشتراط التّراضي

والأصلُ في جميع المذاهب الفقهيّة أنّ رضا المتعاقدين شرطٌ لصحّة البيع ونفاذه، ولكن هناك بعضُ المستثنيات من هذا الأصل العامّ، ويُمكن تلخيصها في أنواعٍ آتية:

١- الشّراء الجبريّ من قبل الحكومة.

٢- شراء أمير عسكر ما يحتاج إليه المسلمون في أثناء الحرب.

٣- جبرُ الحكومة المحتكرين ببيع ما احتكروه.

٤- جبرُ الحكومة بالبيع بالسّعر المحدّد من قبلها.

٥- البيعُ إلى مَن له حقّ الشّفعة.

ولنذكر أحكام هذه المستثنيات في الفصول الآتية، وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد والصّواب.

www.besturdubooks.wordpress.com

٩٦- الشّراء الجبريّ من قبل الحكومة

أمّا الشّراء الجبريّ من قبل الحكومة لضرورة أو حاجة عامّة، فيُستدلّ على جوازه بما أخرجه التّرمذيّ عن عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه قال:

"قلت: يا رسول الله، إنّا نمرّ بقوم، فلا هم يُضيّفونا، ولا هم يُؤدُّون ما لنا عليهم من الحقّ، ولا نحن نأخذ منهم، فقال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: "إن أبوا إلّا أن تأخذوا كُرْهاً فَخُذُوا."

وقال الإمام التّرمذيّ رحمه الله تعالى في شرح هذا الحديث:

"وإنّما معنى هذا الحديث: أنّهم كانوا يَخرُجون في الغَزْو، فيَمُرُّون بقوم، ولا يجدون من الطّعام ما يشترُون بالثّمن، فقال النّبيُّ صلّى الله عليه وسلّم: "إن أبوا أن يبيعوا إلّا أن تأخذوا كُرْهاً فَخُذُوا". هكذا رُوِيَ في بعض الحديث مفسّراً، وقد رُوِي عن عمر بن الخطّاب أنّه كان يَأمُر بنحو هذا."(١)

وقال العلاّمة رشيد أحمد الجنجوهيّ رحمه الله تعالى في شرح هذا الحديث:

"الإجازةُ لهم أن يأخذوا بالقيمة كُرْهاً. وتوجيهُ الحديث أنّ الكفّارَ كانوا إذا نزل المسلمون، أغلقوا دكاكينَهم، وتركوا المبايعةَ إضراراً بالمسلمين، فلمّا رأى المسلمون ذلك شكَوا إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّ هؤلاء لا يضيّفوننا، ولا شكايةَ في ذلك، لأنّ الضّيافةَ تبرّعٌ وإكرامٌ، وليس حقّاً ثابتاً، إنّما الشّكوى أنّهم لا يؤدّون إلينا بحقٍّ هو الشّراء والإيتاء بالقيمة. فكأنّهم

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب السير، باب ما يحلّ من أموال أهل الذّمّة، حديث ١٥٨٩، وقال: هذا حديث حسن

www.besturdubooks.wordpress.com

ذكروا في كلامهم الطُّرُقَ الثلاثَ المحتملةَ للأخذ، وهو الأخذُ بالقيمة، أو الأخذُ بغير قيمة جبراً منّا، أو إكراماً منهم، أمّا الأوّل، فلأنّهم لا يبايعوننا، وأمّا الثاني فلأنّك يا رسول الله منعتنا أن نأخذَ مالَ الغير بغير حقّ، وهو المعنى بقولهم: "ولا نحن نأخذ منهم"، وأما الثالث، فلأنّهم لا يضيّفوننا."[١]

فأجاز رسول الله صلّى الله عليه وسلّم الشّراء جبرا.

واستنبط القاضي أبو بكر ابن العربيّ من هذا الحديث قائلاً:

"وكذلك إذا نزلتْ بالنّاس مخمصة، وعند بعضهم طعامٌ، لزمهم البيعُ منهم، فإن أبوا أُجبروا عليه."[٢]

ولم نجدْ قولاً أو فعلاً عن النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم في شأن الإجبار على البيع سوى ما في هذا الحديث، ولكن يثبتُ به أنّه صلّى الله عليه وسلّم قد رخّص في الشّراء بالجبر في أوضاع ضرورة أو حاجة شديدة عامّة تعمّ المسلمين.

أمّا الصّحابة رضي الله تعالى عنهم، فقد ثبتت منهم قصّتان متعارضتان في ظاهرهما: الأولى: في توسيع المسجد النّبويّ على صاحبه السّلام في عهد سيّدنا عمر بن الخطّاب، والأخرى في توسيع المسجد الحرام في عهدي سيّدينا عمر بن الخطّاب وعثمان بن عفّان رضي الله تعالى عنهما.

أمّا الأولى، فهي قصّةُ اختلاف عمر، والعباس بن عبد المطّلب، رضي الله تعالى عنهما قد رواها البيهقيُّ رحمه الله تعالى مفصّلاً، وهذا نصّها:

---

(١) الكوكب الدّرّي، ١٩:٤، ط: سهارنبور، الهند

(٢) عارضة الأحوذي، ٧: ٨٧ ط: مصر

www.besturdubooks.wordpress.com

"لمّا أراد عمرُ بنُ الخطّاب رضي الله عنه أن يزيد في مسجد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، وقعت زيادتُه على دار العبّاس بن عبد المطّلب رضي الله تعالى عنه، فأراد عمرُ رضي الله عنه أن يُدخلها في مسجد رسول الله صلّى الله عليه وسلم، ويعوّضه منها، فأبى، وقال: قطيعةُ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، واختلفا، فجعَلا بينهما أُبيَّ بنَ كعب رضي الله عنهم، فأتياه في منزله، وكان يُسَمَّى سيّدَ المسلمين، فأمر لهما بوسادة، فأُلقيتْ لهما، فجلسا عليها بين يديه، فذكر عمرُ ما أراد، وذكر العبّاس قطيعةَ رسول الله صلّى الله عليه وسلم، فقال أبيٌّ: إنّ الله عزّ وجلّ أمر عبده ونبيّه داود عليه السّلام أن يَبني له بيتاً، قال: أي ربّ! وأين هذا البيت؟ قال: "حيث تَرَى المَلَكَ شاهراً سيفَه"، فرآه على الصّخرة، وإذا ما هناك يومئذ أندرٌ لغلام من بني إسرائيل، فأتاه داودُ فقال: إنّي قد أُمرتُ أن أبنيَ هذا المكانَ بيتاً لله عزّ وجلّ، فقال له الفتى: آللهُ أمَرَك أن تأخُذَها مِنّي بغير رضايَ؟ قال: لا، فأوحَى اللهُ إلى داود عليه السّلام: "إنّي قد جعلتُ في يدك خزائنَ الأرض فأرْضِه"، فأتاه داودُ، فقال: "إنّي قد أُمرتُ برضاك، فلك بها قنطارٌ من ذهب، قال: قد قَبِلْتُ، يا داود، وهي خيرٌ أم القنطار؟ قال: بل هيَ خيرٌ، قال: فأرْضِني، قال: فلك بها ثلاثُ قناطيرَ، قال: فلم يزل يُشدِّد على داود حتّى رَضِيَ منه بتسع قناطيرَ. قال العبّاسُ: اللّهم لا آخذُ لها ثوباً، وقد تصدّقتُ بها على جماعة المسلمين. فقبلها عمرُ رضي الله عنه منه، فأدخلها في مسجد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم."

www.besturdubooks.wordpress.com

وفي رواية أخرى: "فقال العبّاس: أليس قد قضيتَ لي بها وصارت لي؟ قال: بلى، قال: فإنّي أُشهدك أنّي قد جعلتُها لله."[1]

ووقع في رواية ابن سعد أنّه شهد أبوذرّ وصحابيّان آخران رضيَ الله تعالى عنهم جميعاً أنّهم سمعوا قصّة داود عليه السّلام من النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم.[2]

أمّا القصّة الثّانية، فقد رواها الإمام أبو الوليد الأزرقيّ رحمه الله تعالى بشأن توسيع المسجد الحرام في زمن الخلفاء الرّاشدين بهذا اللّفظ:

"حدّثنا أبو الوليد قال: أخبرني جدّي قال: أخبرنا مسلمُ بنُ خالدٍ، عن ابن جُريج قال: كان المسجدُ الحرامُ ليس عليه جُدرات محاطةٌ، إنّما كانت الدُّورُ مُحدِقةً به من كلِّ جانبٍ، غير أنّ بين الدُّور أبوابًا يدخلُ منها النّاسُ من كلِّ نواحيه، فضاق على النّاس، فاشترى عمرُ بنُ الخطّاب - رضي الله عنه، دورًا فهدمَها، وهدم على مَن قرُب من المسجد، وأبى بعضُهم أن يأخذ الثّمن، وتمنّع من البيع، فوُضعت أثمانُها في خزانة الكعبة، حتّى أخذُوها بعدُ، ثمّ أحاط عليه جدارًا قصيرًا، وقال لهم عمرُ: إنّما نزلتم على الكعبة فهو فناؤُها، ولم تنزل الكعبةُ عليكم. ثمّ كثُر النّاسُ في زمن عثمان بن عفّان - رضي الله عنه، فوسّع المسجد واشترى من قومٍ، وأبى آخرون أن يبيعوا، فهدّم عليهم فصيّحوا به، فدعاهم فقال: إنّما جرّأكم عليَّ حِلمي عنكم، فقد فعل بكم عمرُ هذا، فلم يصِح به أحدٌ، فاحتذَيتُ على مثاله، فصيّحتم بي، ثم أمر بهم إلى الحبس، حتّى

(١) السنن الكبرى للبيهقي قبيل كتاب الهبات ٦: ١٦٨

(٢) الطبقات الكبرى، الطبقة الثانية، ترجمة العباس بن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه ٤: ١٩ و٢٠

www.besturdubooks.wordpress.com

كلّمه فيهم عبدُ الله بن خالد بن أسيد فتركهم."[1]

وقد ذكر العلّامة تقيّ الدين الفاسيّ رحمه الله تعالى بعد نقله لهذه القصة عن الأزرقيّ أنّه وقع التّوسيع في زمن عمر سنة ١٧هـ، و وقع في زمن عثمان رضي الله تعالى عنهما في سنة ٢٦هـ[2]

والسؤال الّذي ينشأ هنا أنّ سيّدنا عمر رضي الله تعالى عنه كان قد اقتنع في قصّة توسيع المسجد النّبويّ على قضاء أبيّ ابن كعب، بأنّه لايجوز له جبرُ العبّاس (رضي الله تعالى عنهم جميعا) على بيع بيته، فكيف أخذ دورَ النّاس جبراً عند توسيعه للمسجد الحرام؟

ويُمكن أن يُجاب عن هذا السّؤال بأنّ أراضيَ مكّة لها وضعٌ خاصٌ يختلف عن الأراضي الأخرى، لأنّ الله تعالى قال في المسجد الحرام: "سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ" [الحج: ٢٥]

وبناءً على ذلك قد ذهب جماعةٌ من الفقهاء غيرُ قليلة إلى أنّ أراضيَ مكّة لا يُمكن أن تكون مملوكةً لأحد. فلا يجوز بيعُها وشراؤها. وقد أمر عمر رضي الله عنه أهل مكّة امتثالاً لهذه الآية أن لا يُغلقوا على الحُجّاج أبوابَ دُورهم، وأذِن للحجّاج أن ينزلوا في أيّ دارٍ أو موضعٍ وجدوه غيرَ مسكون.[3]

ومن أجل ذلك ردّ سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه على المعارضين عند توسيع

---

(١) أخبار مكة للأزرقي - مكتبة الثقافة الدينية ٢: ٦٤ و ٦٥

(٢) شفاء الغرام بأخبار البلد الحرام للفاسي ١: ٢٢٤

(٣) كتاب الأموال لأبي عبيد ص ٧٢

www.besturdubooks.wordpress.com

المسجد الحرام بقوله: " إنّما نزلتم على الكعبة فهو فناؤها، ولم تنزل الكعبةُ عليكم." كما مرّ. فكأنّه كان يرى أنّ هذه الأراضيَ موقوفةٌ على حاجات الكعبة المشرّفة، وأنّ الّذين بنوا فيها أبنيةً، فإنّهم بنوها على أرض موقوفة، ويجوز إزالتُها لمصلحة الوقف متى شاء متولّي هذا الوقف. فالقيمةُ الّتي دُفعت إلى أصحاب هذه الأبنية كانت قيمةَ الأبنية فقط، وليست قيمةَ الأراضي نفسها. وهذا التّوجيه لفعل سيّدنا عمر رضي الله تعالى عنه اختاره شيخنا العلاّمة العثمانيّ رحمه الله تعالى في إعلاء السّنن.[1]

ويُمكن هناك اتّجاهٌ آخر. وهو أنّ الجبرَ على البيع عند الحاجة العامّة الشّديدة ثبت جوازه بحديث عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه. وإنّ سيّدنا عمر كان يشعُر بمثل هذه الحاجة في مبدأ الأمر عند توسيعه للمسجد النّبويّ، وكان العبّاس لايشعُر أنّ الحاجة بلغت إلى مستوىً يجوز فيها جبرُ مالك الأرض على بيعها، وأيّده أبيّ بن كعب (رضي الله تعالى عنهم جميعاً) فاقتنع بذلك. ومن الممكن أيضاً أنّ العبّاس رضي الله تعالى عنه، وإن كان مقتنعاً بحاجة المسجد النّبويّ، ولكنّه خشيَ أن يُتّخذ هذا الجبرُ نظيراً من قِبَل الأمراء بعد ذلك لجبر النّاس على بيع أملاكهم. ولذلك تقدّم بعد قضاء أبيّ ابن كعب بإعطاء أرضه للمسجد النبويّ بدون عوض.

أمّا عند توسعة المسجد الحرام، فكانت الحاجة واضحةً جليّةً لاشكّ فيها، لأنّ المسجد الحرام إنّما بُنيَ لمن يعبُد الله تعالى فيها، ولذلك قال الله سبحانه وتعالى لسيّدنا إبراهيم وإسمعيل عليهما السّلام: طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ وَالْعَاكِفِينَ وَالرُّكَّعِ السُّجُودِ (البقرة: ١٢٥) فإن ضاقت هذه الأرضُ على الطّائفين والعاكفين، لايُمكن أن يُبنى لهم مسجدٌ آخر، لأنّه

---

(١) إعلاء السّنن ١٣: ٢٠٣ و ٢٠٤

www.besturdubooks.wordpress.com

ليس للكعبة المشرّفة بدل.

فالذي يتخلّص بالنّظر إلى هاتين القصّتين أنّ الجبرَ على البيع لايجوز في عامّة الأحوال، ولكن يجوز ذلك عند حاجة عامّة شديدة. وعلى هذا مشى فقهاءُ الشّريعة الإسلاميّة. فقال الحصكفيّ رحمه الله تعالى:

"(تؤخذ أرض) ودارٌ وحانوتٌ (بجنب مسجدٍ ضاق على النّاس بالقيمة كُرْهاً) درر وعمادية."(١)

وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحته:

"لما رُوِيَ عن الصّحابة - رضي الله عنهم - لمّا ضاق المسجدُ الحرامُ أخذوا أرضين بكُرْهٍ من أصحابها بالقيمة، وزادوا في المسجد الحرام. بحر عن الزّيلعي. قال في نور العين: ولعلّ الأخذَ كُرهاً ليس في كلّ مسجدٍ ضاق، بل الظّاهر أن يختصّ بما لم يكن في البلد مسجدٌ آخرُ، إذ لو كان فيه مسجدٌ آخرُ يُمكِن دفعُ الضّرورة بالذّهاب إليه، نعم فيه حرجٌ، لكنّ الأخذَ كُرهاً أشدُّ حَرَجاً منه، ويؤيّد ما ذكرنا فعلُ الصّحابة، إذ لا مسجدَ في مكّة سوى الحرام."(٢)

ويقول الموّاق (الفقيه المالكيّ المعروف) رحمه الله تعالى:

"ويُكرِه النّاسَ السلطانُ على بيعها إذا احتاج النّاسُ إليها لجامعهم الّذي فيه الخُطبةُ، وكذلك الطّريق إليها، لا إلى المساجد الّتي لا خُطبةَ فيها، والطُّرُق

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار، ١٤: ٤٩٦

(٢) رد المحتار، كتاب الوقف، مطلب في جعل شيء من المسجد طريقا، ١٤: ٤٩٦ و٤٩٧، فقره ٢١٤٩٤

www.besturdubooks.wordpress.com

التي في القبائل لأقوام."[1]

ولكن قال في كتاب البيوع:

"قال سحنون: يجبر ذو أرض تلاصق طريقا هدمها نهر لاضرر للناس إلا فيها على بيع طريق منها لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال."[2]

وكذلك ذكر الفقيه الحنفي قاضي خان رحمه الله تعالى أن الحكم يتعدى إلى حاجة طريق أيضا:

"وللسلطان أن يجعل ملك الرجل طريقا عند الحاجة."[3]

وقال القرافي رحمه الله تعالى:

"قال العبدي: يجبر الإنسان على بيع ماله في سبع مسائل: مجاور المسجد إذا ضاق. يجبر من جاوره على البيع، والماء للخائف من العطش. فإن تعذر الثمن أجبر بغير ثمن، ومن انهارت بئر جاره وعليها زرع، بغير ثمن، وقيل بالثمن، والمحتكر يجبر على بيع طعامه. وجار الطريق إذا أفسدها السيل، يؤخذ مكانها بالقيمة من جار الساقية. وصاحب الفرن في قرن الجبل إذا احتاج الناس إليه ليخلصهم، وصاحب الفرس أو الجارية يطلبها السلطان. فإن لم يدفعها له جبر الناس. فإنه يجبر هو دفعا لأعظم الضررين."[4]

---

(۱) التاج والإكليل على هامش الحطاب، كتاب الوقف ٦: ٤٢

(۲) التاج والإكليل للمواق ٤: ٢٥٢

(۳) فتاوى قاضيخان ۱: ٣٣٦، كتاب الزكوة، فصل إحياء الموات

(٤) الذخيرة للقرافي، كتاب الوقف ٦: ٣٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

وجاء في مجلة الأحكام العدلية المؤلفة في عهد الخلافة العثمانية:

"لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن مَن كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤدّ له الثمن."(١)

٩٧- شراء أمير عسكر ما يحتاج إليه المسلمون في أثناء الحرب

قد ذكرنا حديث عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه الذي أجاز فيه رسولُ الله صلى الله عليه وسلّم لعسكر المسلمين أن يشتروا الطعامَ لأهل العسكر جبراً عند ما يحتاجون إليه. وعلى هذا الأساس أجاز الفقهاءُ شراءَ ما يحتاجون إليه من غير الطعام. فقال الإمام محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير:

"وإنْ أبى أن يُعطِيَه الفرسَ، ولم يجد الإمامُ بُدّاً من أن يأخذ الفرسَ منه. فيدفعه إلى الرّسول لضرورةٍ جاءت للمسلمين، فلا بأس بأن يأخذه منه كرْهاً."

ووجّهه السرخسيّ رحمه الله تعالى قائلاً:

"لأنّه نُصب ناظراً، وعند الضّرورة يجوز له أن يأخذ مالَ الغير بشرط الضّمان."(٢)

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٢١٦

(٢) شرح السير الكبير ج٣ ص ٩٩٤، أبواب سهمان الخيل، باب دفع الفرس باشتراط السهم

www.besturdubooks.wordpress.com

٩٨- جبرُ الحكومة المحتكرين على بيع ما احتكروه

وكذلك يجوز الإجبارُ على البيع إذا احتكرَ التّجّار ما يحتاج إليه العامّة. فقال الموصليّ الحنفيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا رُفع إلى القاضي حالُ المحتكر، يأمره ببيع ما يفضُل عن قُوته وعياله، فإن امتنع، باع عليه. لأنّه في مقدار قُوته وعياله غيرُ محتكرٍ، ويترُك قُوتَهم على اعتبار السَّعة؛ وقيل: إذا رُفع إليه أوّلَ مرّة، نهاه عن الاحتكار، فإن رُفع إليه ثانياً، حَبَسه وعزّره بما يَرى، زجراً له ودفعاً للضّرر عن النّاس. قال محمّدٌ: أجبُر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا أسعّر، ويقالُ له: بِعْ كما يبيعُ النّاس، وبزيادةٍ يتغابَن في مثلها، ولا أتركُه يبيع بأكثر... وقد قال أصحابُنا: إذا خاف الإمامُ على أهلِ مصرِ الضّياعَ والهلاكَ أخذ الطّعامَ من المحتكرين وفرّقه عليهم، فإذا وَجَدُوا ردّوا مِثلَه، وليس هذا حَجْراً، وإنّما هو للضّرورة، كما في المخمصة."[1]

وقال المرداويّ رحمه الله تعالى:

"ويُجبر المحتكر على بيعه كما يبيعُ النّاس. فإن أبى، وخيف التّلف، فرّقه الإمام، ويردّون مثله. قال في الفروع: ويتوجّه قيمتُه. قلتُ: وهو قويّ. وكذا سلاحٌ لحاجة. قاله الشّيخ تقيّ الدّين. قلتُ: وأولى."[2]

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، كتاب الكراهية، فصل في الاحتكار ٤: ١٦١

(٢) الإنصاف للمرداوي قبيل باب الشّروط في البيع ٤: ٣٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى:

"يجوز للإمام في الغلاء إلزامُ من عنده ما يفضُل عن قوته أن يُخرجه للبيع، لما في ذلك من صلاح النّاس."[1]

وقال الشيروانيّ الشّافعيّ رحمه الله تعالى:

"قال الأذرعيّ: أجمع العلماءُ على أنّ مَن عنده طعامٌ واضطرّ النّاسُ إليه ولم يجدوا غيره، أنّه يُجبر على بيعه دفعاً للضّرر عنهم. وممّن نقل الإجماع النّوويّ."[2]

٩٩- جبر الحكومة بالبيع بالسّعر المحدّد من قبلها

سيجيئ في مبحث "تدخّل السّلطات في التّجارة الحرّة" إن شاء الله تعالى أنّ التّسعير وجبرَ التّجّار من قِبَل الحكومة لايجوز في عامّة الأحوال، ولكن يُرخّص فيه في أحوال مخصوصة. وحينئذٍ يُجبر النّاسُ على البيع بسعرٍ لايرضَونه، ولكنّ البيع يجوز رغمَ كونه خلافَ مبدأ التّراضي. وسيجيئ تفصيله في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولكنّ البيعَ بخلاف رضا المالك إنّما يجوز عند الضّرورة، أو عند الحاجة العامّة الّتي تنزل منزلةَ الضّرورة. والضّرورةُ عرّفها الفقهاء بما يلي:

---

(١) فتح الباري، كتاب الجهاد، قبيل باب حمل الزّاد على الرّقاب ٦: ١٣٠ تحت الحديث بالرقم ٢٩٨٢

(٢) حواشي الشيرواني على تحفة المحتاج، باب في البيوع المنهيّ عنها، ٤: ٣١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

"بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع، هلك أو قارب، كالمضطرّ للأكل واللّبس بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضوٌ، وهذا يُبيح تناولَ المحرّم."[1]

أمّا الحاجة، فيمكن تعريفُها بما ذكره فضيلة العلاّمة الدّكتور وهبه الزّحيليّ حفظه الله تعالى:

"أن يكون الإنسانُ في حالة من الجهد والمشقّة الّتي لاتؤدّي إلى الهلاك إذا لم يتناول المحرّم شرعاً."[2]

وحكمُه ماذكره الحمويّ رحمه الله تعالى:

"هذا لا يُبيح الحرام، ويُبيح الفطرَ في الصّوم"[3]

ولكنّ هذا حكمُ الحاجة الفرديّة. أمّا إذا كانت حاجةً اجتماعيّة، فإنّها تقومُ مقامَ الضّرورة. ولذلك اشتهر قول الفقهاء:

"الحاجة العامّة تنزل منزلة الضّرورة الخاصّة في حقّ آحاد النّاس."[4]

ويتبيّن ممّا ذكرنا في هذا الباب من نصوص القرآن الكريم والسّنّة النّبوية على صاحبها السّلام وآثار الصّحابة وأقوال الفقهاء أنّ الشّريعة الإسلاميّة تمسّكت بمبدأ التّراضي في

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي، ٢: ٣١٩، وشرح الأشباه والنظائر للحموي ١: ٢٥٢

(٢) نظرية الضرورة الشّرعية لفضيلة الدكتور وهبة الزحيليّ حفظه الله تعالى ص٢٤٧، ط: بيروت ١٤٠٢هـ

(٣) شرح الأشباه والنظائر للحموي ١: ٢٥٢

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٢: ٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com

العقود تمسكاً بالغاً، وإنما أجازت البيع الجبريَ في مجالٍ ضيّق من الضرورة والحاجة العامّة التي لا يتيسّر دفعها إلا بالبيع الجبريّ. وذلك أيضاً مع التأكد من أنّ الذي يُجبر على البيع يُبذَل له ثمنُه على أساس القيمة السوقيّة العادلة قبل أخذِ ملكه، أو عند الأخذ، كما مرّ في عبارة مجلّة الأحكام العدليّة: " ولكن لا يُؤخذ ملكُه من يده ما لم يُؤدَّ له الثمنُ."[1] فيجب أن تتخذ الحكومات الحذرَ كلّ الحذر من تجاوز مواضع الحاجات الحقيقيّة عند ممارسة حقّها في هذه المستثنيات. ولنعم ما قال الدكتور فتحي الدُّريني:

"يجب أن يُلاحَظ أنّ تطبيقَ أحكام الاحتكار على التّجارة والنّاس في الظروف الاستثنائيّة يحتاج إلى حذَرٍ واحتياطٍ شديدين؛ إذ ليس العبرةُ بمعرفة القواعد الأصوليّة والفقهيّة في موضوعٍ فحسب، بل بتطبيقها بدقّةٍ وخبرة.. فمَن الذي يُقدّر أنّ الحالةَ قد وصلت بالنّاس إلى درجة المشقّة والحرَج الذي يقتضي تطبيقَ أحكام الاحتكار؟ .. كلُّ ذلك موكَّلٌ إلى الخُبراء المختصّين المؤمنين، وإلّا كان الظّلم ومصادرة حرّيّات النّاس في أملاكهم ومقدّراتهم دون مبرّر شرعيّ، وهو محرّم."[2]

١٠٠ - الفرق بين أحكام الشّريعة وأحكام القوانين الوضعيّة للشّراء الجبريّ

وإنّ معظمَ القوانين الوضعيّة تُجيز للحكومة الشّراءَ الجبريّ والاستئجار الجبريّ، ولكنّها تفسَح للحكومة مجالاً أوسعَ ممّا هو مُجازٌ في الشّريعة الإسلاميّة. والفروقُ

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٢١٦

(٢) مذكرات الدكتور فتحي الدّريني في الاحتكار، ص١٣٥ كما نقله الدكتور عبد السلام العبادي في حاشية "الملكية في الشريعة الإسلامية"، القسم الثاني ٢: ١٤٨ و١٤٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الجوهرية فيما بين الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة يُمكن تلخيصُها فيما يلي:

١- إنّ الشّريعة الإسلاميّة إنّما تُجوّز الشّراء الجبريّ لضرورة، أو الحاجة العامّة، بعد استنفاد جميع الوسائل الّتي يُمكنُ بها قضاءُ تلك الحاجة. ولكنّ معظم القوانين الوضعيّة أجازت الشّراء الجبريّ في أيّة حاجة، دون تقييدها بالحاجة العامّة، ولا استنفادِ الوسائل الأخرى، حتّى ورد في بعض القوانين أنّ العقاراتِ يُمكن شراؤُها جبراً إذا احتاجت إليها أيُّ شركة تجاريّة مساهمة.[1] ولعلّ المقصود من ذلك أنّ الشّركةَ المساهمة ربّما تُكوَّن لأجل مشروعٍ كبير تحتاج إليه الدّولة، مثل صناعة الحديد وغيره، ولا يتيسّر له أرضٌ مناسبةٌ إلاّ بالشّراء الجبريّ. وإنّ مثلَ هذه الأحوال يمكن أن تبرِّر الشّراءَ الجبريّ، ولكنّ القانون لايُقيِّد جوازَ الأخذ بأيّ قيد أو شرط، بل يُبيح الشّراء الجبريّ لحاجة أيّ شركة تجاريّة. ولذلك قد استُغِلّ هذا القانون بالسّيطرة على أراضي عامّة النّاس لصالح الأثرياء. وهناك قانون آخر[2] للاستئجار الجبريّ لبعض الأبنية والبيوت، واستُغِلّ كثيراً لمجرّد توفير السّكن لموظّفي الحكومة ووزرائها.

٢- إنّ الشّريعة الإسلاميّة إنّما تُبيح الشّراءَ الجبريّ في حاجة عامّة بشرط أن يُوفِّر للمالكِ القيمةُ السّوقيّة يومَ الأخذ. أمّا القانون الوضعيّ السّائد في بلادنا، فإنّه يَعتبر القيمة السّوقيّة في اليوم الّذي وقع فيه الإعلان من قبل الحكومة أنّ العقار الفلانيّ

---

(١) راجع The Land Acquisition Act 1894 Sec.4 وهو القانون المأخوذ من القانون الإنكليزيّ والمطبّق في شبه القارة الهنديّة.

(٢) The Requisitioned Land (Continuance of Powers) Ordinance, 1969

www.besturdubooks.wordpress.com

يُراد شراؤُها[1]، مع أنّ بين هذا الإعلان وبين الأخذ الفعليّ إجراءاتٌ كثيرةٌ ربما تزداد فيها قيمةُ العقار أو البناء. وكذلك إذا استأجرت الحكومةُ بيتاً، وصار في تصرّفها مدّة، ثمّ أرادت أن تشتريه من المالك، فإنّ بعضَ القوانين تنُصّ على أنّه إن كانت القيمةُ السّوقيّةُ يومَ الشّراء الجبريّ أكثرَ من ضعف قيمته يومَ الاستئجار، فإنّ المالك لايستحقّ القيمةَ السّوقيّة، بل إنّما يُعوَّض بضعف قيمة البيت يوم الاستئجار الجبريّ الّذي يُمكنُ أن يكون أقلّ بكثير من قيمته السّوقيّة يومَ الشّراء.[2]

٣- لايجوز شرعاً أن تتصرّف الحكومةُ فيما اشترته جبراً إلاّ بأن يدفع الثّمن إلى المالك فوراً، أو فيما هو في حُكم الفور. وإنّ بعضَ القوانين الوضعيّة تضع لأداء الثّمن إجراءاتٍ طويلةً تأخذ مدّةً ومشقّةً يتكبّدها المالكُ الأصليّ.

١٠١- البيع إلى من له حقّ الشّفعة

وكذلك ما استُثني من مبدأ التّراضي أحكام الشُّفعة، فإنّ الأصلَ في البيع أنّه متى انعقد بتراضي الطّرفين مستوفياً للشّروط الأخرى، فليس لأحدٍ غيرهما أن يتدخّل في أمرهما، ويدّعيَ أنّه أحقُّ بأن يشتري. ولكنّ الشّريعة الإسلاميّة استثنت من هذ المبدأ أحكامَ الشُّفعة. وأعطت حقّ الشّراء لشريك البائع بالإجماع، ولجاره على مذهب الحنفيّة. فإن باع أحدٌ عقاره لرجل خارج، فلشريك البائع أن يدّعي أنّه أحقُّ بالشّراء منه. فإن قُبلت دعواه، فإنّه يشتريه من المشتري الأوّل بنفس الثّمن الّذي

---

(١) The Land Acquisition Act 1894 Sec.11

(٢) The Reqisitioned Land (Continuance of Powers) Act 1947, Sec. 6(2)

www.besturdubooks.wordpress.com

اشتراه به المشتري الأول، سواءٌ رضي بذلك، أو لم يرض. وإنّ هذا الحقّ يُسمّى شُفعة.

والأصلُ في ثبوت حقّ الشُّفعة ما رواه جابر رضي الله تعالى عنه: قال: قال: رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"من كان له شريكٌ في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه. فإن رضي أخذ، وإن كره ترك."[1]

وكذلك أخرج البخاريّ عنه قال:

"قضى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم بالشّفعة في كلّ ما لم يقسم. فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطُّرق، فلا شُفعة."[2]

والحكمةُ في مشروعيّة الشّفعة أنّ الشّريك ربّما يتضرّر بدخول رجلٍ أجنبيّ في الأرض المشتركة. ولسنا بصدد استيعاب أحكام الشّفعة هنا، فإنّ مدوّنات الفقه جعلت لها كتاباً مستقلاً عن البيوع. غير أنّنا نريد أن نذكر بعض الأحكام الأساسيّة المتعلّقة بالبيع وتمييزه عمّا يُعتبر شُفعةً في القوانين الوضعيّة. وذلك في صورة نقاط آتية:

١- الشّفعة لاتثبت إلاّ في غير المنقولات من الدُّور والعقارات، كما يدلّ عليه قول الرّسول الكريم صلّى الله عليه وسلّم: " من كان له شريكٌ في ربعة أو نخلٍ " وقد أخرجه البزّار من طريق أبي الزّبير عن جابر، قال قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

---

(١) أخرجه مسلم، باب الشفعة، رقم ٤٠٩٧

(٢) صحيح البخاري، كتاب الشفعة، رقم ٢٢٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"لاشفعة إلا في ربع أو حائط."[1] وهو مذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة وغيرها، خلافاً لابن حزم، وبعض أهل الظاهر. حيث أثبتوا الشفعة في كلّ مشاع منقول أو غير منقول. وحكاه ابنُ حزم عن بعض التابعين أيضاً.[2]

٢- إنّ المالكيّة والشافعيّة والحنابلة على أنّ الشّفعة لاتثبت إلاّ للشريك في نفس المبيع. ومذهبُ الحنفيّة أنها تثبت لأصناف ثلاثة: الأول: الشّريك في نفس المبيع، والثاني: الشّريك في حقوق المبيع، مثل الشّرب والممرّ، والثالث: الجارُ الملاصق. ويُقدّم الصّنف الأوّل على الثّاني، و الثاني على الثّالث. وهذا القول مرويٌ أيضاً عن ابن سيرين، وابن شُبرمة، والثّوريّ، وابن أبي ليلى، والعترة.[3] وقد فصّلتُ أدلّة الفريقين في "تكملة فتح الملهم"[4]

٣- بما أنّ الشّفعة ثبتت على خلاف القياس، فإنّها تقتصر على ما ورد به النّصّ، ولا يجوز تعديتُها إلى غير المنصوص. ولذا، فإنّ القوانين الّتي صدرت في بعض البلاد بإثبات الشفعة للمستأجر أو المزارع ليست موافقةً للشّريعة الإسلاميّة.[5]

٤- مذهبُ الحنفيّة والحنابلة أنّ حقّ الشّفعة يثبت على الفور، بمعنى أن يطلبه

---

(١) ذكره الحافظ في التلخيص، ٣: ٥٥ وقال: سنده جيّد.

(٢) المحلّى لابن حزم ٩: ٨٦ ونيل الأوطار للشوكاني ٥: ٢٨١

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٤٦١ ونيل الأوطار ٥: ٢٨١

(٤) تكملة فتح الملهم، ١: ٤١٥ و٤١٦

(٥) وكان قد صدرت في باكستان قوانين لإعطاء حقّ الشّفعة لغير الشّريك والجار، فرُفعت إلى مجلس النّقض الشّرعيّ في المحكمة العليا، وكنت قاضياً بها، فألغينا هذه القوانين لكونها مصادمة للشريعة الإسلاميّة، وقد أصدرتُ بذلك قراراً مفصّلاً يوجد في مجموعة القرارات القضائيّة التي أصدرتها باللغة الأردية وقد طبعت باسم "عدالتى فيصلـے" ١: ١٥٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّفيعُ فورَ ما يعلم بالبيع. فإن تأخّر في طلبه بعد العلم بالبيع بطلت شُفعته. وهو الأظهر في قول الشافعيّة، كما سيأتي. والقول الثاني لهم أنّ حقّ الشّفيع يستمرّ إلى ثلاثة أيام بعد علمه بالبيع. ورُوي عن مالك رحمه الله تعالى أنّ حقّ الشّفيع يبقى إلى سنة. ورُوي عنه أنّه ينقطع بمُضيّ مدّة يُعلم فيها أنّه تارك لها.[1]

وقد ذكر الفقهاء الحنفيّة أنّ الشّفعة تثبت بثلاث طلبات: طلب المواثبة، وهو أن يقول الشّفيعُ فورَ ما علم بالبيع أنّه يطلبه بالشّفعة، وطلب الإشهاد أن يشهد رجلين على كونه طالباً للشّفعة، وطلب الخصومة: وهو أن يرفع طلب الشّفعة إلى القاضي. فالتأخير في طلب المواثبة يُبطل الشّفعة عند الحنفيّة والحنابلة. وحجّتهم في ذلك ما رُوي عن عبد الله بن عمر رضيَ الله تعالى عنهما أنّ رسول الله عليه وسلّم قال: "الشُّفعةُ كحَلّ العِقال."[2] وأعلّ المحدثون هذا الحديث بابن البيمانيّ. ولكنّه مؤيّد بأثر لشريح القاضي رحمه الله تعالى، قال: "إنّما الشّفعة لمن واثبها." أخرجه عبدالرزاق في مصنّفه[3] وذكر ابن قدامة رحمه الله تعالى أنّ ثبوت الشّفعة على الفور مرويٌّ عن ابن شبرمة والبتّيّ والأوزاعيّ وأبي حنيفة والعنبريّ والشّافعيّ في أحد قوليه.[4] وذكر النوويّ رحمه الله تعالى أنّه قول الشّافعيّ في الجديد. قال رحمه الله تعالى: "الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة أنّ الشّفعة على الفور."[5] وإنّ اتّفاق

(١) المغني ٥: ٤٧٧ والمقدمات الممهدات لابن رشد ٣: ٧٠

(٢) سنن ابن ماجه، أبواب الشّفعة، باب طلب الشّفعة، رقم ٢٥٠٠

(٣) مصنف عبدالرزاق ٨: ٨٣ رقم ١٤٤٠٦

(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٤٧٧

(٥) روضة الطالبين ٥: ١٠٧

www.besturdubooks.wordpress.com

هؤلاء الفقهاء على ذلك يدلّ على أنّ الحديث والأثر لهما أصلٌ عندهم.

والمعنى في اشتراط الفور أنّ الشّفعة لم تُشرع لأجل إثراء الشّفيع بمملوكات جديدة، وإنّما شُرعت لدفع الضّرر عنه. والضّرر أمرٌ لاينضبط، فجعلت الشّريعةُ علامةَ ذلك أن لايتحمّل الشّفيعُ البيع إلى آخر، ويُظهر إنكاره على ذلك فورَ ما يعلم البيع، فإنّه دلالةٌ على أنّه يتضرّر بذلك.

٥- إذا ثبتت الشّفعةُ، فإنّ الشّفيع يشتري من المشتري الأوّل، فيصير المشتري الأوّل بائعاً في حقّ الشّفيع. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا أخذ الشّفيعُ الدّارَ من المشتري، فعُهدتُه وضمانُ ماله على المشتري، لأنّه يتملّك الدّارَ عليه، ويدفع الثّمن إليه، فهو في حقّه بمنزلة البائع مع المشتري."[1]

فإن كان المشتري الأوّلُ قبض المبيع، فإنّ الشّفيع يأخذه منه، ويدفعُ إليه الثّمن. وهذا لاخلاف فيه، إلاّ ما حكاه السّرخسيّ رحمه الله تعالى عن ابن أبي ليلى. أمّا إذا لم يكن المشتري قبضه، وأراد الشّفيعُ أن يأخذ المبيعَ من البائع، ففيه خلاف:

فظاهرُ الرّواية عند الحنفيّة أنّ الشّفيعَ يأخذه من البائع، وعُهدتُه وضمانُ ماله على البائع، كأنّه اشتراه منه ابتداءً. وذلك لأنّ حقّ الشّفيع اعتبره الشّرع مقدّماً على حقّ المشتري الأوّل. فإذا أخذه الشّفيع بالشّفعة، فات القبضُ الّذي كان يستحقّه المشتري الأوّل. وذلك يوجب انفساخ البيع بينه وبين البائع، كما لو هلك المبيع قبل القبض.

---

(١) المبسوط للسّرخسي ١٤: ١٠١

www.besturdubooks.wordpress.com

فأخذ الشّفيع من البائع جعل البيع بينه وبين البائع، فتكون العهدةُ على البائع.[1]

وذكر ابنُ قدامة رحمه الله تعالى أنّ الشّفيع يأخذه من المشتري إن كان في قبضه، ومن البائع إن كان في قبضه، ولكنّ قياسَ المذهب أنّ أخذه من البائع في حكم أخذِه من المشتري، لأنّ العقار مملوكٌ للمشتري بحكم البيع الأوّل. وعلّله ابن قدامة بقوله: "لأنّ العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيعُ في ملك المشتري وضمانه، ويجوز له التّصرّف فيه بنفس العقد، فصار كما لو قبضه المشتري." ولكن ذكر بعد ذلك أحد الوجهين عن الشّافعيّ رحمه الله تعالى أنّ الشّفيع ليس له أخذه من البائع، ويجبر الحاكم المشتريَ على قبضه، ثمّ يأخذه الشّفيع منه، لأنّ الشّفيع يشتري الشّقص من المشتري، فلايأخذه من غيره. وبنوا ذلك على أنّ البيع لايتمّ إلاّ بالقبض."[2]

١٠٢ – الشّفعة في القوانين الوضعيّة

٦– تبيّن ممّا ذكرنا أنّ الشّفعة في الشّريعة الإسلاميّة شُرعت على خلاف الأصل لدفع الضّرر عن الشّفيع، وليس مقصوده أن يسُدّ الشّفيعُ بابَ البيع بين متعاقدين متراضيين لمجرّد أن يُكثِر في ممتلكاته. أمّا ما قد يُسمّى شُفعةً في القوانين الوضعيّة باسم Pre-emption فالمقصود منه يختلف عن مقصود الشّريعة الإسلاميّة. وإنّ Pre- emption قد استُخدم في القوانين الوضعيّة بطرق مختلفة. ومنها أنّ القوانينَ في أمريكا واستراليا أعطت حقّ شراء الأراضي المَوات المُقفرة للّذين أحيَوها. فالأراضي الموات أو المقفرة

---

(١) هذا ملخص ما في المبسوط ١٤: ١٠١ و١٠٢

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٤٧٥ و٤٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

تُعتبر مملوكةً للحكومة حسب القوانين الوضعيّة. فإن أحياها النّاس، فإنّه لا يحصلُ لهم المِلكُ بمجرّد الإحياء، ولاتزال الأراضي مملوكةً للحكومة. ويحقّ لها أن يبيعها. والعادةُ المتّبعة أن تُباع هذه الأراضي بالمزايدة. فإذا أرادت الحكومةُ أن تبيع تلك الأراضيَ مزايدةً، فقد أصدر قانونٌ في الولايات المتحدة بأنّ الحكومة تعرضُ بيعَها على من أحياها قبل أن تُعلن المزايدة. فإن قَبِل الّذين أحيوها شراءَ تلك الأراضي بالثّمن المقدّر من قبل الحكومة، فإنّهم يُصبحون مُلاّكاً لتلك الأراضي. وإنّ هذا الحقّ الّذي اعترفه القانون يُسمّى Pre- emption[1] ويُترجم أحياناً إلى الشّفعة. والحقيقةُ أنّه ليس شُفعةً بالمعنى المعروف في الفقه الإسلامي، وإنّما هو حقّ أولويّة الشّراء من الحكومة، بدون أن يملك صاحبُ الحقّ أرضاً مجاورةً، أو يكون شريكاً في الأرض المبيعة.

أمّا في الشّريعة الإسلاميّة، فالأرض الموات ليست مملوكةً للحكومة ولا لغيرها، وإنّما يملكها من يُحييها. فالشّريعة الإسلاميّة تُعطي حقّ المِلك مباشرةً لمن يُحيي أرضاً مواتاً بدون أن يحتاج إلى شرائها من الحكومة. وذلك على أساس الحديث المعروف: "من أحيى أرضاً ميتةً فهيَ له."[2] ولاشكّ أنّه أعدل وأنفع لعمارة أراضي البلاد. فإنّ القانون المذكور يجبر الّذين أحيوا أرضاً مواتاً على أن يبذلوا أموالهم وجهودهم مرّتين قبل أن يملكوها: مرّةً عند إحيائها، ومرّةً أخرى عند شرائها من الحكومة.

---

(1) The Preemption Act of 1841. See also The Shorter Oxford Dictionary on Historical Principles, V.2, P. 1653

(٢) أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ٣٨ حديث ١٣٧٨ وقال: "هذا حديث حسن غريب"

www.besturdubooks.wordpress.com

وكان هناك في القانون الإنكليزيّ العامّ (Common Law) صيغةٌ أخرى لما يُسمّى Pre- emption وهو أنّ مَلِك البلاد كان له الحقّ أن يشتريَ حاجاتِ بيته بثمن معيَن منه، ويكون له الأولويّة في شراءها بالنّسبة إلى الآخرين.(١)

وإنّ بعض القوانين الدّوليّة والتّجاريّة أعطت حقّ الشّفعة Pre- emption للدّولة ضدّ الأجانب الّذين يمرّون ببضائعهم التّجاريّة في حدود تلك الدّولة لتصديرها إلى دولة أخرى، فتجبرهم الحكومة أن تبيعها لأهل تلك البلد.(٢)

ومن الصّيغ الحديثة للشّفعة ما يفرضه القانون الإنكليزيّ على شركة مساهمة أنّها إن أصدرت أسهماً جديدةً، أو أرادت أن تبيع أسهماً من خزينته (Treasury Shares) وجب عليها بموجب القانون أن تعرضها أولاً على أصحاب الأسهم القديمة، ويكون لهم الأولويّة في الاكتتاب أو في شراء أسهم الخزينة.(٣)

وهذا ليس حقّ الشّفعة كما يتصوّره الفقه الإسلاميّ لأنّه إن كان مبنياً على أساس أنّ أصحاب الأسهم شركاءُ فيما بينهم، لوجبت الشّفعة عند بيع كلّ سهم عن طريق البورصة، ولو كان ذلك البيعُ بصفة فرديّة، ولكنّ القانون لايُعطي هذا الحقّ عند بيع كلّ سهم، وإنّما يخصّ هذا الحقّ بالنّسبة لإصدار الأسهم الجديدة، أو بيع أسهم الخزينة الّتي تملكها الشّركةُ بصفتها شخصاً معنويًا.

١٠٣ – الشفعة في الأسهم

والسّؤال من النّاحية الشّرعيّة: هل تجب الشّفعة في بيع الأسهم؟ والجواب: أنّ السّهم

---

(١) Corpus Juris Secondum, V.LXXII,P.478, and Black's Law Dictionary, p.1060

(٢) Black's Law Dictionary, P.1060, "Preemption"

(٣) Companies Act 2006, Section 561

www.besturdubooks.wordpress.com

إن كان عبارةً عن حصّة مشاعة في موجودات الشّركة، كما قرّره العلماء المعاصرون، فإنّها تشتمل على منقولات وغير منقولات، وربّما تكون نسبة المنقولات فيها أكثر من غير المنقولات. ولذلك، لاتجرى فيها الشّفعة على قول الجمهور. وقد ذكر بعض المالكيّة أنّه إن وقع البيع على حائط بما فيه من رقيق ورحيً وبئر وآلاته، فإنّه تثبت الشّفعةُ في الجميع على قول سحنون. والقول الآخر: لاتثبت الشّفعة فيها.[1] ولكنّ القائلين بالجواز إنّما جوّزوه لكون الرقيق والرحى وغيرها تابعة للأرض، بينما المقصود هو بيع الأرض. ولانستطيع أن يُقال ذلك في الأسهم، لأنّ الشّركات لها أنواعٌ مختلفة، وليست المنقولاتُ تابعةً لغير المنقولات دائماً.

ولكن قد تعورف في التجّار عند بيع أشياء ثمينة، وبخاصّة عند بيع محلّ تجاريّ، أو شركة مساهمة، أنّ البائع يشترط على المشترى أنّه إن أراد بيعها، فإنّه يعرض الشّراء عليه، قبل أن يعرضها على العامّة. وإنّ هذا الحقّ المشروط يُسمّى "حقّ الأولويّة للرّفض" (The right of first refusal) فالسؤال: هل يجوز مثل هذا الاشتراط؟ والظّاهر من المبادئ الفقهيّة العامّة أنّه شرطٌ يُخالف مقتضى العقد، فلا يجوز اشتراطه في البيع، حتّى في مذهب الحنابلة الّذين يُجوّزون شرطاً واحداً في البيع. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وإن شرط في المبيع: إن هو باعه، فالبائع أحقّ به بالثّمن، فروى المروذيّ عنه (أي عن الإمام أحمد) أنّه قال في معنى حديث النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: لاشرطان في بيع، يعني أنّه فاسد، لأنّه شرط أن يبيعه إيّاه وأن يُعطيه

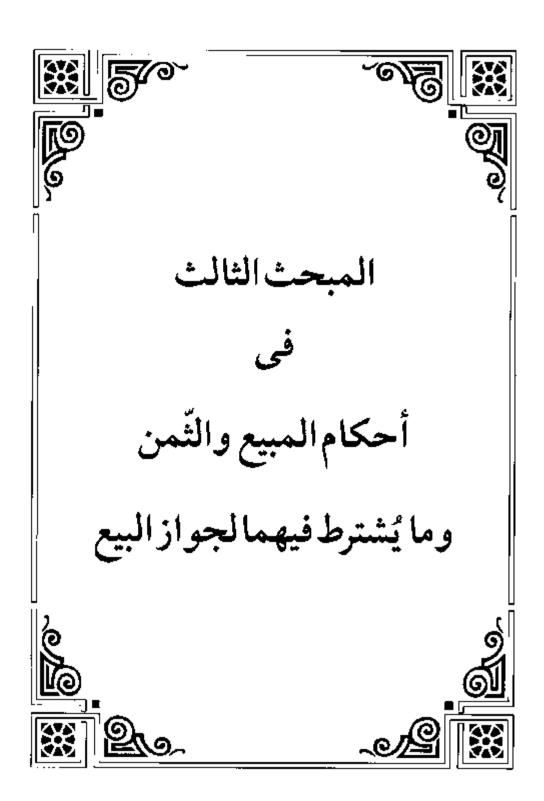
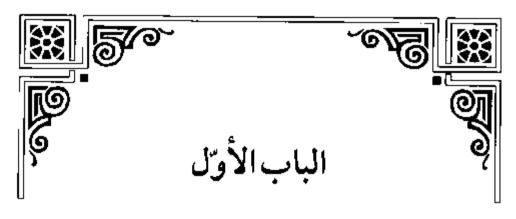
(١) المقدمات الممهدات ٣: ٧٩ والذخيرة للقرافي ٧: ٣٠٠ والكافي لابن عبدالبر ص ٤٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

إياه بالثمن الأول. فهما شرطان في بيع نُهي عنهما، لأنه يُنافي مقتضى العقد. لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان، أو أن لا يبيعه أصلاً. وروى عنه إسماعيل بن سعيد: البيع جائز ...ويحتمل أن يُحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط، وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع، فيكون البيع صحيحاً، والشرط فاسداً." (١)

ولكن يُمكن أن يُخرّج على ما قاله المتأخرون من الفقهاء الحنفية والمالكية في بيع الوفاء أنّ الوفاء إن لم يكن مشروطاً في صلب العقد، ووقع البيع بدون أيّ شرط، ثمّ وعد البائع منفصلاً عن البيع أنه كلّ ما جاء المشتري بالثمن، فإنّه يردّ إليه المبيع، كما فصّلناه في مبحث بيع الوفاء. فكذلك هنا إن وقع البيع خالياً من الشّرط، ثمّ وعد المشتري أنّه إن أراد البيع فإنّه يعرضه أوّلاً على البائع، فالظّاهر أنّه لامانع من ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢١٢ و٢١٣ باب بيع الأصول والثمار

www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الثالث

في

أحكام المبيع والثّمن

وما يُشترط فيهما لجواز البيع

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الأوّل

في المبيع وما يشترط فيه لصحّة البيع

١٠٤- المبيع وما يشترط فيه لصحة البيع

ونذكر أولاً شروطَ البيع التى ترجعُ إلى المبيع. فمنها ما يُشترط لانعقاد البيع، ومنها ما يُشترط لصحته، بمعنى أنّه إذا فُقد شرط من هذه الشّروط، انعقد البيع فاسداً على مذهب الحنفيّة، وسنذكر ذلك عند كلّ شرط، كما سنذكر حكم البيع الفاسد في باب مستقلّ إن شاء الله تعالى.

١٠٥- الشرط الأول: ماليّة المبيع

فالشّرط الأول: أن يكونَ المبيعُ مالاً. وهذا شرطُ الانعقاد. فلاينعقد بيعُ ماليس بمال، بل هو بيع باطل. وهذا القدرُ متّفق عليه بين الفقهاء، ولكن اختلفت عباراتُهم في تعريف المال، فمنهم من قصَره على الأعيان ذوات القيمة، فأخرج منه المنافع والحقوق المجرّدة، وهو الظّاهر من كلام الحنفيّة. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى

www.besturdubooks.wordpress.com

في شرحه على ملتقى الأبحر:

"والمراد بالمال عينٌ يجرى فيه التّنافس والابتذال."[١]

وقد ذكرنا في تعريف البيع أنّ هذا التّصريح في تعريف المال بكونه من الأعيان، وإن كان لايوجد بهذا الوضوح عند غيره، ولكن يُستنبط من كلام الفقهاء المتأخّرين من الحنفيّة وتفريعاتهم أنّه ملحوظٌ عندهم في تعريف المال. وعلى هذا عرّف الأستاذ مصطفى الزّرقاء المالَ بقوله: "هو كلُّ عينٍ ذاتِ قيمةٍ ماديّةٍ بين النّاس"[٢]

أمّاالشّافعية والحنابلة، فإنهم عرّفوا المالَ بما يشمل الأعيان والمنافع المؤبّدة. قال ابن حجر الهيتمي في تعريف البيع:

"عقدٌ يتضمّن مقابلةَ مالٍ بمالٍ بشرطه الآتي لاستفادة ملك عينٍ أو منفعةٍ مؤبّدة."[٣]

وقال الشّاطري:

"البيع لغةً مقابلة شيئٍ بشيئٍ، وشرعاً عقدٌ معاوضة ماليّة تُفيد ملكَ عينٍ أو منفعة على التّأبيد، كما في بيع حق الممرّ ووضع الأخشاب على الجدار، وحقّ البناء على السّطح."[٤]

وقال البهوتي رحمه الله تعالى، وهويُعرّف البيع:

---

(١) الدرالمنتقى بهامش مجمع الأنهر٣: ٤

(٢) المدخل الفقهي العام٣: ١١٨

(٣) تحفة المحتاج ٤: ٢١٥

(٤) الياقوت النفيس في مذهب ابن إدريس ص٧٤

www.besturdubooks.wordpress.com

"مبادلة عين مالية...أومنفعة مباحة مطلقاً، بأن لاتختص إباحتها بحال دون آخر، كممرّ دار، أوبقعة تحفر بئراً، بأحدهما أى عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً...فيشمل نحو بيع كتاب بكتاب، أوبممرّ فى دار، أو بيع نحو ممرّ فى دار بكتاب، أو بممرّ فى دار أخرى."[1]

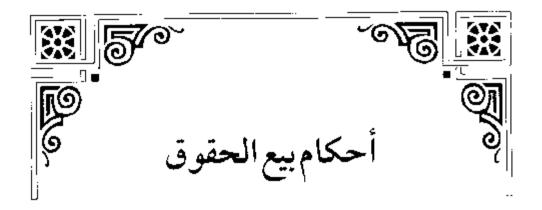
أمّا المالكيّة، فإنّهم وإن أخرجوا المنافع من تعريف البيع فى غير واحد من كتبهم،[2] ولكنّ الظّاهر أنّ مقصودهم إخراجُ المنافع الموقّتة، لأنّهم أجازوا بيع حق التّعلّى، وحقّ غرز الخشب على الجدار وحقّ الشّرب[3]. ويظهر منه أنّ المنافع المؤبّدة داخلةٌ عندهم فى المال الّذى يجوز بيعه.

---

(١) شرح منتهى الإرادات٢: ١٤٠

(٢) راجع الدسوقى على شرح مختصر خليل٣: ٢ ومواهب الجليل للحطاب،٤: ٢٢٥ ومنح الجليل لمحمد عليش٢: ٤٦٠

(٣) الدسوقي،٣: ١٤ ومواهب الجليل،٤: ٢٧٦ والتاج ولإكليل للمواق٤: ٢٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام بيع الحقوق

١٠٦- بيع الحقوق

ثمّ الحنفيّة وإن اشترطوا لجواز البيع أن يكون المبيع عيناً، وصرّحوا بأنّ بيع الحقوق المجرّدة لايجوز، ولكنّهم استثنوا من ذلك بعض الحقوق التي تتعلّق بعين، مثل حقّ المرور في القول المفتى به.(١) ويظهر من مراجعة كلام الحنفيّة في مسائل مختلفة أنّ عدم جواز بيع الحقوق ليس على عمومه. وقد حقّقت المسألة في رسالتي "بيع الحقوق" وانتهيتُ فيها إلى ما يأتي:

الذي يتحصّل من استقراء الحقوق التي تحدّث الفقهاء عن الاعتياض عنها أنّها تنقسم إلى نوعين:

١٠٧- الحقوق الشرعيّة

الحقوق الشّرعيّة: وهي حقوقٌ ثبتت من قبل الشّرع، لامدخل فيها للقياس، بمعنى أنّها لم تثبت لأصحابها إلا بنصٍّ جليٍّ أو خفيٍّ من قبل الشارع، ولولا ذلك النّصُّ ماثبتت،

---

(١) رد المحتار ٤: ١٤، ٦٤ فقرة ٢٣٥٦

مثل حقّ الشّفعة، وحقّ الولاء، وحقّ الوراثة، وحقّ النّسب، وحقّ القصاص، وحقّ التمتّع بالزّوجة، وحقّ الطّلاق، وحقّ الحضانة، والولاية، وحقُّ المرأة في قَسْم زوجها لها. وإنّ هذه الحقوقَ على قسمين: الأوّل: حقوقٌ ليست ثابتةً أصالةً، وإنّما أثبتها الشّارع لدفع الضّرر عن أصحابها، ويمكن أن نُسمّيها "الحقوق الضّرورية". والثّاني: حقوقٌ ثبتت لأصحابها أصالةً، لاعلى وجه دفع الضّرر فقط، ويمكن أن نُسمّيها "الحقوق الأصليّة"

فأمّا الحقوق الضّروريّة، فمثالُه حقّ الشّفعة، فإنّه ليس حقّاً ثابتاً بالأصالة، لأنّ الأصل أنّ المتبايعين إذا عقدا بيعاً عن تراضٍ منهما، فلا حقّ لثالثٍ أن يتدخّل بينهما، ولكنّ الشّريعة إنّما أثبتت حقّ الشّفعة للشّريك والخليط (والجارعلى مذهب الحنفيّة) لدفع الضّرر عنهم.

وكذلك حقّ الزّوجة في قَسْم زوجها لها إنّما شُرع لدفع الضّرر عنها، وإلاّ فالزّوج لها الخيار في أن يتمتّع بزوجته ويبيت عندها متى شاء. ويدخل فيه الحضانة وولاية اليتيم وخيار المخيّرة. وحكم هذا النّوع من الحقوق أنّه لايجوز الاعتياضُ عنها، لاعن طريق البيع ولا عن طريق الصّلح والتّنازل بمال. والدّليل عليه عقلاً أنّ الحقّ لم يكن ثابتاً لصاحبه أصالة، وإنّما ثبت له لدفع الضّرر عنه، فإن رضي بإعطاءه لغيره، أو تنازلَ عنه لآخر، ظهر أنّه لاضرر له عند عدمه، فيرجع الأمر إلى الأصل، وهو عدم ثبوت الحقّ له، فلا يجوز له أن يطالب على ذلك بعوض. كالشّفعة إذا تنازل عنها الشّفيع، ظهر أنّه لاضرر له في البيع الّذي كان سبباً لثبوت حقّه، فانتفى حقُّه في نقض ذلك البيع، ولا يجوز إذاً أن يأخذ على ذلك مالاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

وكذلك حقّ القسْم للمرأة كان لدفع الضّرر عنها، فلمّا تنازلت عنه، ظهر أنّها لاتتضرّر بترك القسم، فلا يجوز لها أخذ العوض على هذا التّنازل. ومثله المرأة المخيّرة من قبل زوجها بقوله: "اختاري"، لها الخيار بفسخ نكاحها منه دفعاً للضّرر عنها، فلو قالت "أختار زوجي، وأبطل الخيار بمال يعطيني"، ظهر أنّه لاضرر لها في بقاءها مع زوجها، فلا تستحقّ أخذ العوض على ذلك. وكذلك امرأة العنّين، لها أن تفسخ نكاحها من زوجها العنّين لدفع الضّرر عن نفسها، فإن رضيت بالبقاء معه بمال، ظهر أنّها لاتتضرّر ببقاء النّكاح، فلا يجوز لها أخذ العوض.

والثّاني: الحقوق الأصليّة، وهي الّتي ثبتت لأصحابها أصالةً، لاعلى وجه دفع الضرر فقط، مثل حقّ القصاص، وحقّ تمتع الزّوج بزوجته ببقاء نكاحها معه، وحقّ الإرث، وما إلى ذلك. وحكم هذا النّوع من الحقوق أنّه لايجوز الاعتياض عنها بطريق البيع، بأن ينتقل به الحقّ إلى المشتري، فينتقل إليه ماكان يستحقّه البائع. فلا يجوز لوليّ قتيل أن يبيع حقّ الاقتصاص إلى رجل آخر، بأن يستحقّ ذلك الرّجل استيفاء القصاص بدلاً منه، وكذلك لايجوز لرجل أن يبيع حقّ تمتّعه بالزّوجة إلى غيره، ليتمتّع هو بها، ولايجوز لوارث أن يبيع حقّ إرثه إلى رجل آخر، بحيث يرث هو عوضا عن الوارث الحقيقيّ. لأنّ هذه الحقوق إنّما أثبتها الشّارع لمرء مخصوص بصفة مخصوصة، كلّما تنتفي هذه الصّفة تنعدم الحقوق. فحقّ القصاص إنّما أثبته الشّارع لوليّ المقتول بصفة كونه وليّاً له، فإذا انتفت الولاية انتفى الحقّ.

وبعبارة أخرى، إنّ هذه الحقوق لاتقبل الانتقال من واحد إلى آخر شرعاً، فلاتُباع، ولاتوهب، ولا تُورث. ووراثة حقّ القصاص أو الإرث ليس وراثةً حقيقةً، وإنّما هو حقٌّ يثبت للوارث أصالةً عند عدم الوليّ الأقرب، أو الوارث الأقرب، لامن حيثُ إنّه

www.besturdubooks.wordpress.com

ينتقل من الوليّ الأقرب إلى وارثه. فبما أنّ الشّريعة لاتأذنُ بنقل هذه الحقوق من واحدٍ إلى آخر، فلايجوز الاعتياض عنها بطريق البيع والمبادلة. ومأخذ هذا الحكم حديث ابن عمر رضى الله عنهما: "أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الولاء وهبته."[1]

ولكنّ هذه الحقوق يجوز الاعتياض عنها بطريق الصّلح والتّنازل بمال، بمعنى أنّ المستحقّ في هذه الحقوق يُمسك عن استعمال حقّه بمالٍ يطالِبُ به مَن له مصلحةٌ في إسقاطه، مثلُ وليّ القتيل إذا استحقّ القصاص، فإنّه يُباحُ له أن يصالح القاتلَ على مال، وإنّ هذا المالَ مقابلٌ لإمساك صاحب الحقّ عن استيفاءه، وإنما يبذله القاتلُ دفعاً لضرر الموت عن نفسه. وهذا جائزٌ بنصّ القرآن والسّنّة، وبإجماع أهل العلم.

وكذلك الزّوج له الحقّ أن يتمتّع بزوجته ببقاء نكاحها معه، ولكنّه يُمسك عن استعمال هذا الحقّ بمال تفتدي به المرأةُ في الخلع والطّلاق على مال. وذلك جائزٌ بنصّ القرآن، وعلى ذلك انعقد الإجماع.

وإنّ هذا الفرق بين الحقوق الضّروريّة والحقوق الأصليّة قد ذكره البيريّ من الفقهاء الحنفيّة في شرحه على الأشباه والنظائر، وحكاه ابن عابدين رحمه الله في ردّ المحتار.[2]

ولكنّ جواز هذا الاعتياض على وجه الصّلح إنما يجوز إذاكان هناك حقٌّ قائمٌ ثابتٌ

---

(١) أخرجه البخاري في العتق "باب بيع الولاء وهبته، وفي الفرائض، باب اثم من تبرأ من مواليه. وأخرجه مسلم في العتق، باب بيع الولاء وهبته وهذالفظ مسلم.

(٢) ردالمحتار ١٤: ٦٦ فقره ٢٢٢٧٤

www.besturdubooks.wordpress.com

في الحال، كما في حقّ القصاص، وحقّ بقاء النكاح والرّق. أمّا إذا كان حقًّا متوقّعاً في المستقبل غيرثابت في الحال، فإن ذلك لايجوز الاعتياض عنه، لاعن طريق البيع ولا عن طريق الصّلح. وذلك مثلُ حقّ الإرث في حياة المورث، لايجوز التّنازلُ عنه بمال، لأنّ حقّ الإرث في حياة المورث ليس حقًّا ثابتا، بل هوحقٌّ متوقّع يحتمل الثّبوت وعدمه. وإنما يتقرّر بموت المورث في حياة الوارث. وكذلك حقّ الولاء في حياة المولى حقٌّ غير متقرّر، وإنما يتأكّد بموته، فلايصحّ التّنازل عنه. وأمّابعد موت المورث أوالمولى، فإنّ ذلك الحقَّ ينتقل إلى ملكٍ ماديّ في تركته، فيصحّ بيعُه أوالتّنازل عنه بطريق التّخارج بشروطه المعروفة.

١٠٨ - الحقوق العرفيّة

والنّوع الثاني من الحقوق: هي مايمكن أن تُسمّى "الحقوق العرفيّة". ونقصد بذلك الحقوق المشروعة الّتي ثبتت لأصحابها بحكم العُرف والعادة. وإنّها حقوقٌ مشروعةٌ، من حيث إنّ الشّريعة الإسلاميّة أقرّتها عن طريق إقرارها للعُرف والتّعامل، ولكنّ مأخذها الأصيل هو العُرف دون الشّرع، وذلك مثل حقُّ المرور في الطّريق، وحقُّ الشّرب، وحقّ التسييل، وما إلى ذلك. ثمّ إنّ هذه الحقوق أنواع:

١٠٩ - المنافع المتعلقة بالأعيان

الأوّل: الحقوق المتعلّقة بالأعيان بمعنى حقّ الاستفادة بالمنافع المتعلّقة بالأعيان المادّية. فإن كان الانتفاعُ لمدّة معلومة، فإنّ الاعتياض عنها مشروعٌ بطريق الإجارة، وتجري عليها أحكامُها، مثل الانتفاع بسكنى الدّار لمدّة معينة. وأمّا إذا كان المالكُ

www.besturdubooks.wordpress.com

ينقل هذه المنفعة إلى الآخر على سبيل التأبيد، فإنّه بيعٌ لتلك المنفعة، وذكره الفقهاءالحنفيّة باسم بيع الحقوق المجرّدة أيضاً. وقد ذكرنا في أوّل البحث أنّ الأئمة الثلاثة يُدخلون بيعَ المنافع المؤبّدة في تعريف البيع، فلا مانعَ عندهم من جواز هذا البيع. فيجوز عندهم بيعُ حقّ المرور، وحقّ وضع الخشب على الجدار، وحقّ البناء على السّطح الّذي قد يُعبّر عنه بحقّ التعلّي.[1]

أمّا الحنفيّة، فقصروا المال على الأعيان، ولم يُدخلوا فيه المنافع والحقوق. ولكن ألحق مشايخهم الحقوقَ المتعلّقة بالأعيان، مثل حقّ المرور في أرضٍ معلومة، فجوّزوا بيعَه في القول المختار عندهم، ولم يجوّزوا بيعَ حقّ التعلّي، لأنّه يتعلّق بالهواء الّذي ليس بعين مال.[2] والظّاهر أنّ حقّ التّعلّي صار الآن متعاملاً به، فالأخذ بقول الأئمة الثلاثة أولى، والله سبحانه أعلم.

واختلفت أقوال المشايخ في حقّ الشُّرب، فمنعه بعضُهم لكونه حقًّا مجرّداً، وجوّزه بعضهم بحكم العرف.[3] وهذا يدلّ أنّ للعرف مجالاً في إدراج بعض الحقوق والمنافع في الأموال، ويقول ابن عابدين رحمه الله تعالى: "والماليّة تثبت بتموّل النّاس كافّة أوبعضهم، والتقوّم يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعا."[4]

---

(١) الدسوقي،٣: ١٤ ومواهب الجليل، ٤: ٢٧٦ والتاج والإكليل للمواق ٤: ٢٧٥ شرح منتهى الإرادات٢: ١٤٠ والياقوت النفيس في مذهب ابن إدريس ص ٧٤

(٢) فتح القدير٢:٦٥و٦٦ وردالمحتار١٤: ١٤٠ فقره ٢٣٥١٠ و ٢٣٥١١

(٣) المبسوط للسرخسي٢٣:١٧١

(٤) ردالمحتار١٤: ٩ فقره ٢٢١٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٠ – حقّ الأسبقية

والثاني: حقّ الأسبقية. وهو عبارة عن حقّ التملّك أو الاختصاص الذي يحصل للإنسان بسبب سبق يده إلى شيء مباح، مثل حقّ التملّك بإحياء الأرض. وقد أجمع الفقهاء على أنّ الأرض الموات لايملكها الإنسان إلّا بالإحياء. وأمّا التحجير، فلايثبت به الملك، وإنّما يثبت به الاختصاص، وحقّ التملّك بالإحياء. فمن حجر أرضاً، فإنّه أحقّ بإحيائها. واختلفت أقوال الفقهاء الشافعية والحنابلة في جواز بيع هذا الحقّ. والمختار في المذهبين عدم الجواز.[1] ولكن ذكر البهوتيّ من الحنابلة أنّ الاعتياض عنه، وإن كان لايجوز بطريق البيع، ولكنه يجوز بطريق التنازل والصّلح عن الحقّ.[2]

وكذلك من سبق إلى مكان في المسجد، فهو أحقّ بذلك المكان، وله أن يؤثر به غيره، ولكن لايجوز له أن يبيع هذا الحقّ. نعم! ذكر البهوتيّ أنّه يجوز له التنازل عنه بعوض. أمّا الحنفية والمالكية، فلم أجد حكم بيع هذا الحقّ عندهم صراحة. وقياس قولهم أنّه لايجوز عندهم أيضاً.

١١١ – حقّ إنشاء العقد أو إبقاءه

والثالث: حقّ إنشاء العقد أو إبقاءه: والمراد بذلك حقّ إنشاء عقد مع آخر أو إبقاءه، مثل خلوّ الدُّور والحوانيت، فإنّه حقّ لإنشاء عقد الإجارة مع صاحب البقعة. أو إبقاءه في المستقبل، ومثل حقّ الوظائف السلطانية أو الوقفية. فإنّه حقّ لإبقاء عقد الإجارة مع

---

(١) تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعي، ١٤: ٤٧١، ومغني المحتاج ٢: ٣٦٧، والكافي لابن قدامة ٢: ٤٣٩، والإنصاف للمرداوي ٦: ٣٧٣

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢: ٤٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الحكومة أو ناظر الوقف. وقد اتّفقت المذاهب الفقهيّة على أنّه لايجوز بيع هذا الحقّ، ولكنّ كثيراً من الفقهاء الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة جوّزوا التّنازل عنها بعوض.[1]

والفرق بين البيع والتّنازل بعوض: أنّ البيعَ ينقُل إلى المشترى ماكان يملكه البائع، والتّنازل لاينقُل المِلك إلى المنزول له، وإنّما يُسقِط التّازلُ حقّه، وليست فائدتُه في حقّ المنزول له إلاّ زوالَ المزاحمة من قِبل التّازل. وقد بيّن الإمام القرافيّ رحمه الله تعالى هذا الفرق بين قاعدة النّقل وقاعدة الإسقاط.[2]

وهذاالقسم من الحقوق له جزئيّاتٌ كثيرةٌ انتشرت في عصرنا، ولنتكلّم على الأهمّ منها واحدا يَلوَ الآخر، والله سبحانه هوالموفّق للصواب.

١١٢ - خلوّالدُّور والحوانيت

المعروف في كثيرٍ من البلاد اليوم أنّ المؤجر حينما يؤجر أرضه أوبيته، فإنّه يُعطيه حقّ البقاء على هذه الإجارة إلى الأبد (وقد يُسمّى حقّ القرار) بمبلغٍ مقطوعٍ يأخذه عند عقد الإجارة، ثم يطالبُه بأجرة دوريّة متّفق عليها. ويُعتبر المستأجر بعدذلك مالكاً لحقّ القرار. فلو أراد المؤجر أن يستردّ منه الأرضَ المؤجرة، فإنّه لايحقّ له ذلك إلاّبعوضٍ مقطوعٍ يتراضى عليه الفريقان في ذلك الحين. وكذلك لو أراد شخصٌ ثالثٌ أن يستأجر تلك الأرض، فإنّه لايمكنُ له ذلك إلاّ بأن يدفع إلى صاحب حقّ القرار، وهوالمستأجرالأول، عوضاً عن تنازله عن حقّه. والمعروف في كثيرٍ من البلاد أنّ هذا المستأجرَ الجديد قد يدفع إلى المالك مبلغاً آخر ليعترف

(١) ردالمحتار، ١٤: ٦٦ فقره ٢٢٢٧٤ نهاية المحتاج، ٥: ٤٧٨ وشرح منتهى الإرادات ٢: ٤٦٤

(٢) الفروق للقرافي ٢: ١١٠ الفرق التاسع والسبعون

www.besturdubooks.wordpress.com

المالكُ بانتقال حقّ القرار إليه مكانَ المستأجرِ الأول.

وحقُّ القرار في مثل هذه التّعاملات يُسمّى "خُلوا". فهناك أربع مسائل تحتاج إلى بيان حكمها:

المسألة الأولى: هل يجوز للمؤجر أن يطالب المستأجرَ بمبلغ مقطوع، سوى الأجرة، مقابلَ منحه حقّ القرار أو حقّ البقاء على الإجارة إلى الأبد؟

المسألة الثانية: هل يجوز للمستأجر أن يطالب المالكَ بعوض إن أراد المالك استردادَ الأرض أو البيت منه؟

المسألة الثالثة: هل يجوز للمستأجرِ الأول أن يطالب المستأجرَ الجديد بعوض عن تنازل حقّه في البقاء؟

المسألة الرابعة: هل يجوز للمالك أن يطالب المستأجر الجديدَ بعوض لمجرد اعترافه بكونه مستأجراً جديداً بعد ما تنازل له المستأجر الأول بعوض دفعه إليه؟

أمّا المسألة الأولى، فالظّاهرُ من كلام الفقهاء، أصحاب الكتب المعروفة، أنّ ذلك لايجوز، لأنّ اشتراطَ التّأبيد يُبطل الإجارة عند كثيرٍ منهم. جاء في المحيط البرهاني:

"والتأقيت شرط جوازها (أي الإجارة) والتّأبيد يُبطلها."[1]

وقال الزّيلعيّ رحمه الله تعالى:

"لايجوز أن يضرب لها (أي للإجارة) أجلاً لايعيش إليه مثله عادة، لأنّ

---

(١) المحيط البرهاني ١٢: ٩٠

الغالب كالمتحقق في حق الأحكام..فصار كالتأبيد معنى، فلايجوز، لما شرف أن التأبيد يبطلها."[1]

فإن كان شرط التأبيد يبطل الإجارة، فكيف يثبت به حق القرار الدائم؟ ومتى لم يثبت الحق، فكيف يجوز أخذ العوض عليه؟

نعم! قد أثبت بعض الفقهاء المتأخرين حقّ القرار في الأراضي السلطانية والوقفيّة إن كانت الأراضي معطلة، ولم يوجد من يعمرها إلا بأن يكون له حقُّ القرار فيها، أو أتيح له حقُّ القرار عوضاً عن عمارتها، أو بنى المستأجر، أوغرس فيها الأشجار، لأنّ هذه الأراضي مُعَدّةٌ للإجارة، فاعتُبِر صاحبُ اليد أحقُّ بالاستئجار من غيره.[2] ولكن لم أجد عند أحدهم جواز أن يتقاضى من المستأجر عوضاً عن حقّ القرار مستقلاً عن الأجرة. وإنّما صرّحوا بأنّ من شروط حقّ القرار أن يدفع المستأجرُ أجرةَ المثل دائماً، حتى لو زادت أجرةُ المثل زاد الأجرة. ثم إنهم صرّحوا بأنّ هذا الحقّ يتبع العمارة أوالغرْس الّذي أحدثه المستأجرُ في الأرض المؤجرة، وأنّ هذا الحقّ لايثبت بمجرّد وضع اليد عليها.

وعلى هذا، فإنّ بدلَ الخلوّ الّذي يأخذه المؤجرُ في أول العقد لاينطبق على مثل حقّ القرار الّذي جوّزه المتأخّرون في الأراضي الوقفيّة والسّلطانيّة. ومن المقرّر أنّ العاقدَ لايجوز له أن يطالبَ العاقد الآخرَ عوضاً عن مجرّد دخوله في العقد، علاوةً على مايستحقّه بالعقد، فإنّه رشوة.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي، ٦:٧٩وراجع أيضا بدائع الصنائع،كتاب النكاح، ٢:٤٨٦

(٢) قد أطال ابن عابدين رحمه الله في تحرير هذه المسألة في مواضع مختلفة من ردالمحتار وفي رسالته "تحرير لعبارة فيمن هو أحق بالإجارة" وليراجع لها ردالمحتار،كتاب البيوع. ١٤: ٧٢ فقره ٢٢٢٧٥ وكتاب الإجارة،٦:٢٦ ورسائل ابن عابدين ٢:١٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد خرّج بعضُ العلماء المعاصرين جوازَ الخلوّ على أنّه اعتياضٌ عن حقّ المالك في استرداد الأرض المؤجّرة من المستأجر، وأنّه يجوز بحكم العرف، كما يجوز النّزول عن الوظائف بمال.[1] وفيه نظرٌ من جهة أنّ الفقهاء لمّا لم يجوّزوا اشتراطَ التّأبيد في الإجارة، فكأنّهم لم يجوّزوا للمالك أن يتنازل عن حقّ الاسترداد. والاعتياضُ عن النّزول إنّما يجوز إذاكان النّزولُ جائزاً شرعاً.

وأمّا المسألة الثّانية، فالمعاصرون الّذين جوّزوا بدلَ الخلوّ أجازوا للمستأجر أن يطالِب المالكَ بعوضٍ إن أراد إخلاءَ الأرض منه. وهذا العوضُ لايجب أن يكون مساوياً لما دفعه المستأجرُ إلى المؤجر في بداية العقد بدلاً عن الخلوّ، بل يجوز للفريقين أن يتّفقا على أيّ مبلغ بتراضيهما. أمّا على القول بعدم جواز بدل الخلوّ، وهو الرّاجح، فإن لم تكن مدّةُ الإجارة محدّدةً، فلا يجوز للمستأجر أن يطالِب المالكَ بعوضٍ عن إخلاء الأرض. نعم! يجوز له أن يستردّ منه مادفعه كبدل الخلوّ عند بداية العقد، فإنّه رشوةٌ يجب ردُّها إلى الدّافع.

وأمّا المسألة الثّالثة، وهي: هل يجوز للمستأجر القديم أن يطالِبَ المستأجرَ الجديد مقابلاً لحقّه في البقاء على الإجارة؟، فالّذين يجوّزون بدلَ الخلوّ يجوّزون ذلك أيضاً. أمّا على القول بمنع بدل الخلوّ، فإن كانت الإجارةُ غيرَ محدّدة المدّة، كما هو معروفٌ في المؤجّرات على سبيل الخلوّ، فلا يجوز أخذُ هذا البدل من المستأجر الجديد. نعم! إذا حُدّدت مدّةُ أصل الإجارة، ثمّ تنازل المستأجرُ عن حقّه قبل تلك المدّة لمستأجرٍ جديد، فإنّه يجوز له أن يأخذ عوضاً عن هذا التّنازل.

---

(١) جديد فقهي مباحث للشيخ مجاهد الإسلام القاسمي ٢:٥٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

أما المسألة الرابعة، وهي: هل يجوز للمالك أن يُطالب المستأجرَ الجديدَ بعوضٍ لمجرّد اعترافه بكونه مستأجراً جديداً بعد ما تنازل له المستأجرُ الأول بعوضٍ دفعه إليه؟ فلم أرَ من أجاز ذلك حتى الذين قالوا بجواز الخلو.

وبما أنّ معظمَ الفقهاء لم يجوّزوا بدل الخلو، فالطّريق الصّحيح الّذي لاغُبارَ عليه عند أحدٍ هو ما يأتي:

١- يجوز للمؤجر أن يأخذ من المستأجر مقداراً مقطوعاً من المال يُعتبر أجرةً مقدّمةً لسنينٍ معلومة. وهذا بالإضافة إلى الأجرة السّنويّة أو الشّهريّة، وتجري على هذا المبلغ المأخوذ أحكامُ الأجرة بأسرها، فلو انفسخت الإجارة قبل أمدها المتّفق عليه لسببٍ من الأسباب، وجب على المالك أن يردّ على المستأجر مبلغاً يقع مقابلاً للمدّة الباقية من الإجارة.

٢- إذا كانت الإجارةُ لمدّةٍ معلومة، استحقّ المستأجرُ البقاءَ عليها إلى تلك المدّة، فلو أراد رجلٌ آخر أن يتنازل المستأجرُ عن حقّه، ويصيرَ هو المستأجرَ بدله، يجوز للمستأجر الأول أن يطالِب بعوض، ويكونُ ذلك نزولاً عن حقّ الاستئجار بعوض، ويجوز ذلك قياساً على النّزول عن الوظائف بمال. ولكن يُشترط لذلك أن تكون الإجارةُ الأصليّة إلى مدّة معلومة، كعشر سنين مثلاً، ويتنازل المستأجر في أثناءها.

٣- إذا كانت الإجارةُ لمدّة معلومة، لايجوز للمؤجر أن يفسخها إلاّ بمبرّرٍ شرعيّ. فإن أراد أن يفسخها دون مبرّرٍ شرعيّ، جاز للمستأجر أن يُطالبه بعوض، ويكون ذلك نزولاً عن حقّه بعوض. وهذا بالإضافة إلى ما يستحقّه من استرداد جزءٍ باقٍ من المبلغ المقطوع الّذي دفعه المستأجر كأجرة مقدّمة في بداية العقد. والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٣- بيع الاسم التجاري أو العلامة التجارية

إنَّ بعضَ التّجّار أو الشّركات التّجاريّة تحوزُ سُمعةً حسنةً في السّوق لجَودة منتجاتها، ويعتبر اسمُها التّجاريّ ضماناً لنوعٍ معروفٍ من المنتَج، فيشتريه المستهلكون بمجرّد ما يَرون هذا الاسم على منتج، ثقةً منهم بأنّ أيّ منتج بهذا الاسم يفي بمتطلّباتهم. ومن ثَمَّ صار الاسم التجاريّ أو العلامة التّجاريّة سبباً لكثرة إقبال المشترين على المنتَجات وقلّته، فصار الاسم التجاريّ أو العلامة التّجاريّة لهما قيمةٌ في نظر التّجّار، فكلُّ اسمٍ حاز سُمعةً حسنةً بين النّاس يُمثّل كثرةَ رغبة المشترين في بضاعةٍ واردة في السّوق بذلك الاسم. ولمّا ظهر أنَّ بعضَ النّاس بدءوا يستعملون أسماءَ المنتِجين الّذين لهم شُهْرةٌ حسنة، لترويج بضاعتهم بهذا الاسم، وخيف التباسُ الأمرعلى عامّة النّاس، صدرت تشريعاتٌ من قِبل الحكومات لتسجيل الأسماء التّجاريّة والعلامات التّجاريّة عندالجهات الحكوميّة، ومَنْع التّجّار من استعمال الأسماء والعلامات الّتي سجّلها غيرُهم، فصارت هذه الأسماء والعلامات بعد التّسجيل لها قيمةٌ ماديّة في عُرف التّجّار، وشرع التّجّار يبيعون هذه الأسماء، ويشترونها بأثمانٍ غالية وأموالٍ طائلة، لما يرجون من كثرة إقبال النّاس على ما يُنتجونه لشهرة الاسم.

والكلامُ في جواز الاعتياض عن الاسم التّجاريّ في موضعين: الأوّل: هل يجوز الاعتياض عن استعمال الاسم التّجاريّ رغْمَ أنّه ليس عيناً ماديّا، وإنّما هو مجرّد حق؟ والثّاني: هل يتضمّن انتقال الاسم التجاريّ إلى جهة أخرى تغريراً أو غشّا للمشترين؟

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّاالمسألة الأولى، فإنّ استخدامَ الاسم التجاريّ، وإن كان حقّاً، فإنّه ثبت لصاحبه أصالةً بحكم الأسبقيّة، وبالتّسجيل الحكوميّ، وليس دفعاً للضّرر فحسب. وهو حقٌّ ثابتٌ في الحال، ويقبل الانتقالَ من واحدٍ إلى آخر، ولكنّه ليس حقّاً ثابتاً في عينٍ قائمة. فعلى ضوء القواعد الّتي استخلصناها في موضوع بيع الحقوق، ينبغي أن يجوز الاعتياض عنه على طريق التّنازل، دون البيع. وبهذا أفتى شيخ مشايخنا الإمام أشرف عليّ التهانوي رحمه الله تعالى وقاسه على مسألة التّنازل عن الوظائف بمال.[1]

ويبدو لهذا العبد الضعيف عفاالله عنه أنّ حقّ الاسم التّجاريّ والعلامات التّجاريّة، وإن كان في الأصل حقّاً مجرّداً غيرَثابتٍ في عينٍ قائمة، ولكنّه بعد التّسجيل الحكوميّ الّذي يتطلّب جُهداً كبيراً وبذْلَ أموالٍ جمّة، والّذي تحصُل له بعد ذلك صفةٌ قانونيّةٌ تمثّلها شهاداتٌ مكتوبةٌ بيد الحامل وفي دفاتر الحكومة، أشبهَ الحقّ المستقرَّ في العين، والتحق في عرف التّجار بالأعيان، فينبغي أن يجوز الاعتياض عنه على وجه البيع أيضاً، ولاشكّ أنّ للعُرف العامّ مجالاً في إدراج بعض الأشياء في الأعيان، لأنّ الماليّة،كما يقول ابن عابدين رحمه الله، تثبت بتموّل النّاس. وهذا مثل القوّة الكهربائيّة أو الغاز الّتي لم تكن في الأزمان السّالفة تُعدّ من الأموال والأعيان المتقوّمة، لأنّها ليست عيناً قائمة بذاتها، ولم يكن إحرازُها في الوُسعة البشريّة، ولكنّها صارت الآن من أعزّ الأموال المتقوّمة التي لاشبهةَ في جواز بيعها وشرائها، وذلك لنفعها البالغ، ولإمكان إحرازها، ولتعارف النّاس بماليّتها وتقوّمها. فكذلك الاسم التّجاريّ أو العلامة التّجاريّة أصبحت بعد التّسجيل الحكوميّ ذاتَ قيمة بالغة في عُرف التّجار، ويصدُق عليها أنّها تُحرز بإحراز شهادتها المكتوبة من

---

(١) إمداد الفتاوى ٣: ١١٩

قبل الحكومة، وإحرازُ كلِّ شيء بما يلائمه، ويصدُق عليها أيضاً أنها تُدَّخر لوقت الحاجة. فالعناصر اللأزمة التي تمنح الشيئ صفة الماليّة متوفّرة فيها، سوى أنّها ليست عيناً قائمةً بنفسها، فيبدو أنّه لامانعَ شرعاً من أن يُسلك بها مسلكَ الأموال في جواز بيعها وشراءها.

وأمّا المسألة الثانية، وهي: هل يتضمّن نقلُ الاسم التجاري أوالعلامة التّجاريّة الغشَّ والخداع؟ فالجواب أنه إذا لم يقع الإفصاح العامُ بأنّ الاسم التجاريَ أوالعلامة التجاريّة انتقلت إلى جهة أخرى، ولم تلتزم الجهة المشتريةُ بالحفاظ على نفس المستوى للمنتَج في الجودة، فلاشكَ أنّ في ذلك غِشّاً وخداعاً، وهو حرامٌ بالنّص.

أمّا إذا التزمت الجهةُ البائعة أنّها ستنقل إلى الجهة المشترية الكفاءةَ المهنيّة مع نقل الاسم والعلامة، بأن تنقُل إليها نفسَ التّقنية، أو وقع الإفصاحُ العامَ أنّ الاسم والعلامة انتقلا إلى جهة أخرى، فالظّاهر أنّه لاغشَّ في ذلك إذا بذلت الجهةُ المشترية أقصى جُهدها للحفاظ على مستوى المنتَج. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وبهذا أصدر مجمع الفقه الإسلاميَ الدّوليَ قراراً في دورتها الخامسة المنعقدة في الكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى سنة ١٤٠٩ من الهجرة النبويّة على صاحبها السّلام. ونصُّ القرار مايلي:

"يجوز التّصرّف في الاسم التجاريَ أوالعنوان التّجاريَ أوالعلامة التّجاريّة ونقلُ أيَ منها بعوض ماليَ إذا انتفى الغرر والتّدليس والغشّ باعتبار أنّ ذلك أصبح حقًّا ماليّا."(١)

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الثالث ص ٢٥٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٤- حقوق الامتياز (Franchise)

إنّ بيعَ الاسمِ التّجاريّ والعلامة التّجاريّة قد تطوّر في عهدنا بما يُسمّى بيع حقوق الامتياز[1]، وأصبحت له صورٌ متعدّدة متشعبة. وحاصلُ هذا الحقّ أنّ مالكاً لحقٍّ من حقوق الاسترباح يبيع ذلك الحقّ إلى آخر إمّا مطلقاً، أو لمدّة معلومة، أو في مكان معلوم.

فمن صُوَره الشّائعة أنّ مُنتَجاً من منتَجات البائع أصبح معروفاً بين النّاس بصفاته، و باسمٍ معلوم وعلامةٍ معلومة. فيريد مشتري حقّ الامتياز أن ينتفع بسُمعة المنتَج، فيوفّرُ له البائع التّقنيةَ وتدريبَ العاملين، ومضمونَ نشرات التّسويق، وتصميمَ محلاّت البيع، والإشراف الدّوريّ على طُرق الإنتاج، بالإضافة إلى حقّ استعمال الاسم التّجاريّ والعلامة التّجاريّة. كلُّ ذلك لقاءَ عوضٍ ماليٍّ قد يكون مقطوعاً، وقد تُضاف إليه نسبةٌ شائعة من الموارد الّتي يكسِبُها مشتري حقّ الامتياز ببيع هذا المنتَج. فمثلاً: أصبحت المنتجاتُ الغذائيّة لمكدانلد معروفةً في العالم كلّه بصفاتها المخصوصة، ولكنّ شركة مكدانلد لاتشتغل في جميع البلاد بنفسها. وإنّما تتعاقد في باكستان مثلاً بجهةٍ تشتري منها حقّ الامتياز. وبحكم هذا العقد يحقّ لمشتري الامتياز أن يستخدم نفس التّقنية الّتي تستخدمها شركة مكدانلد في أمريكا، ونفسَ الاسم والعلامات، و نفسَ الطّراز، ونفس النّشرات التّسويقية، ونفس التّصميم للمحلاّت. وتُوفّر شركة مكدانلد لهذا

---

(١) إنّ اصطلاح "حق الامتياز" اصطلاحٌ يشمل الحقوق الّتي يتميز بها صاحب الحقّ في نشاطات مختلفة أتيحت له من قبل الحكومة أو جهات أخرى. ولكنّ المقصود هنا الامتيازالتجاريّ الّذي تمنحه جهة تجاريّة لاستعمال اسمها وعلامتها وتقنيتها في تجارة مخصوصة، وقد يُسمّى هذاالحقّ "حقّ الإعفاء" أيضاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

الغرض جميعَ المعلومات اللازمة للمشتري. وتقوم بتدريب عامليه، والإشراف الدائم على طريق الإنتاج. والمشتري يقوم بالإنتاج على نفقة نفسه، ولكنّه يستفيد بخبرة البائع وسمعته، بحيث يقتنع المشترون بأنّ مايشترونه في باكستان هو مماثلٌ مائةً في مائة لما يشترونه في أمريكا. وبهذا تكثُر فيه رغبةُ المشترين الّذين يُعجبهم هذا المنتج. وحيثُ جاز بيعُ الاسم التّجاريّ والعلامة التّجاريّة كما أسلفنا، فإنّ بيعَ حقّ الامتياز أولى بالجواز. فإنّه ليس مجرّدَ حقٍّ، وإنّما يصحبه بعضُ الأعيان. وكثيرٌ من الخدمات، مثل التّدريب على تقنية مخصوصة، والإشراف الدّائم على عمل صاحب الامتياز، بما يجعله موافقاً للمواصفات الّتي حازت سُمعةً فيما بين المستهلكين، ويُبعده عن احتمال الغشّ والتّدليس.

فإن نُقل هذا الحقّ إلى من اشتراه بصفة دائمة، فإنّه بيع، وإن نُقل إليه لمدّة معلومة، فإنّه إجارةٌ يجب أن تُراعى فيه أحكامُ الإجارة. وبما أنّ هذا النّوع من حقّ الامتياز يُمنح اليوم عادةً لمدّة معلومة في مكان معلوم، وليس بصفة دائمة، فمحلُّ الأحكام المتعلّقة بها كتابُ الإجارة.

١١٥ - التّرخيص التّجاريّ

وماقلنا في حكم الاسم التّجاريّ، والعلامة التّجاريّة، من جواز الاعتياض عنهما يصدُق على التّرخيص التّجاريّ. وحقيقةُ هذا التّرخيص أنّ معظمَ الحكومات اليوم لاتسمح بإيراد البضاعات من الخارج، أو إصدارها إليه، إلاّ برخصة تمنحها الحكومة. والّذي يظهر أنّ هذا نوعٌ من الحجْر على التّجار ولا تستحسنه الشّريعة الإسلاميّة إلاّ لحاجة مُلحّة، ولكنّ الواقعَ في معظمِ البلاد هكذا. وإنّ حاملَ هذه

www.besturdubooks.wordpress.com

الرّخصة ربّما يبيعها إلى آخر ليتمكّن المشتري من استيراد البضائع من الخارج، أو تصديرها إليه بدلاً من البائع.

والواقع في هذه الرّخصة أنّها ليست عيناً مادّيّة، ولكنّها عبارةٌ عن حقّ بيع البضاعة في الخارج أو شراءها منه، فيتأتّى فيه ماذكرنا في الاسم التجاريّ من أنّ هذا الحقّ ثابتٌ أصالةً، فيجوزُ النّزول عنه بمال. وبماأنّ الحصولَ على هذه الرّخصة من الحكومة يتطلّب كلاًّ من الجهد والوقت والمال، وإنّ لهذه الرّخصة صفةً قانونيّةً تمثّلها الشّهاداتُ المكتوبة ويستحقّ بها التّجارُ تسهيلاتٍ تُوفّرها الحكومة لحامليها، فصارت هذه الرّخصةُ في عرف التّجار ذاتَ قيمةٍ كبيرةٍ يُسلك بها مسلكُ الأموال. فلايبعد أن تلتحق بالأعيان في جواز بيعها وشراءها. ولكنّ كلّ ذلك إنّما يتأتّى إذاكان القانونُ يسمح بنقل هذه الرّخصة إلى رجل آخر. أمّا إذاكانت الرّخصة باسم رجلٍ مخصوصٍ، أو شركةٍ مخصوصةٍ. ولايسمح القانون بنقلها إلى رجل آخر أو شركةٍ أخرى، فلا شبهةَ في عدم جواز بيعها، لأنّ بيعه حينئذٍ يؤدّي إلى الكذب والخديعة، فإنّ المشتري يستعملها باسم البائع، لا باسم نفسه، فلا يحلّ ذلك لما فيه من الكذب. إلاّ بأن يوكّل حاملُ الرّخصة بالبيع والشّراء، وحينئذٍ لايكون ذلك بيعاً للرّخصة، وإن كان يجوزُ لحامل الرّخصة أن يطالبَ الموكّلَ بأجرة الوكالة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١١٦ – حقّ الابتكار وحق الطّباعة والنشر

إنّ حقّ الابتكار حقٌّ يحصُل بحكم العُرف والقانون لمن ابتكر مختَرَعاً جديداً، أو شكلاً جديداً لشيء. والمراد من حقّ الابتكار أنّ المبتكر ينفرد بحقّ إنتاج ما ابتكره،

www.besturdubooks.wordpress.com

ويعرضه للتّجارة، ثمّ ربّما يبيع هذا الحقّ إلى غيره، فيتصرّف فيه تصرّف المبتكر الأوّل من إنتاجه للتّجارة. وكذلك من صنّف كتاباً، أو ألّفه، فله الحقّ لطباعة ذلك الكتاب ونشره، والحصول على أرباح التّجارة. وربّما يبيع هذا الحقّ إلى غيره، فيستحقّ بذلك ماكان يستحقّه المؤلّف من طبعه ونشره. فالسّؤال: هل يجوز بيعُ حقّ الابتكار، أوحقّ الطّبع والنّشر؟ وقد اختلفت في هذه المسألة آراءُ الفقهاء المعاصرين. فمنهم من جوّز ذلك ومنهم من منع.

والمسألة الأساسيّة في هذا الصّدد: هل حقُّ الابتكار أوحقّ الطّباعة والنّشرحقٌّ معترف به شرعاً؟ والجواب: أنّ من سبق إلى ابتكار شيء جديد، سواء أكان مادّيّاً أم معنويًا، فلاشكّ أنّه أحقُّ من غيره بإنتاجه لانتفاعه بنفسه وإخراجه إلى السّوق من أجل اكتساب الأرباح. وذلك لما روى أبوداود عن أسمر بن مضرّس رضي الله عنه قال: "أتيتُ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم فبايعتُه، فقال: من سبق إلى مالم يسبقه مسلمٌ فهو له."[1]

وإن كان العلاّمة المناويّ رحمه الله تعالى رجّح أنّ هذا الحديث واردٌ في سياق إحياء الموات، ولكنّه نقل عن بعض العلماء أنّه يشمل كلّ عين، وبئر، ومعدن، ومن سبق لشيء منها فهي له.[2] ولاشكّ أنّ العبرةَ لعموم اللّفظ، لا لخصوص السبب.

ولمّا ثبت أنّ حقّ الابتكار حقٌّ تُقرّه الشّريعة الإسلاميّة بفضل أسبقيّته إلى ابتكار ذلك الشّيء، فينطبق عليه ما ذكرناه في حقّ الأسبقيّة، وقد ذكرنا هناك أنّ بعض الشّافعيّة

(١) أبوداود، كتاب الخراج قبيل إحياء الموات، وسكت عنه هو والمنذري

(٢) فيض القدير ٦: ١٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

والحنابلة أجازوا بيع هذا الحقّ، لكنّ المختار عندهم عدم جواز البيع. نعم! يجوز عندهم النّزول عنه بمال. ونقلنا أنّ البهوتيّ رحمه الله تعالى أجاز في شرح منتهى الإرادات النّزول عن حقّ التّحجير، وحقّ الجلوس في المسجد، وما إلى ذلك من حقوق الأسبقيّة والاختصاص. ومقتضى ذلك أن يجوز النّزول عن حقّ الابتكار أو حقّ الطباعة لرجلٍ آخر بعوضٍ يأخذه النّازل.

ولكنّ هذا إنّما يتأتّى في أصل حقّ الابتكار وحقّ الطّباعة. أمّا إذا قُرن هذا الحقّ بالتّسجيل الحكوميّ الّذي يبذل المبتكرُ من أجله جُهده وماله ووقته، والّذي يعطي هذا الحقَّ صفةً قانونيّة تمثّلها شهاداتٌ مكتوبةٌ بيد المبتكر، وفي دفاتر الحكومة، فصارت تُعتبر في عُرف التّجار مالاً متقوّماً، فلا يبعُد أن يصير هذا الحقّ المسجّلُ ملحقاً بالأعيان والأموال بحكم هذا العرف السّائد، وقد أسلفنا أنّ للعُرف مجالاً في إدراج بعض الأشياء في حكم الأموال والأعيان، ولأنّ الماليّة، كما حكينا عن ابن عابدين رحمه الله تعالى، تثبت بتموّل النّاس. وإنّ هذا الحقّ بعد التّسجيل يُحرَز إحراز الأعيان، ويُدّخر لوقت الحاجة ادّخار الأموال. وليس في اعتبار هذا العرف مخالفةٌ لأيّ نصٍّ شرعيّ من الكتاب أو السّنّة. وغايته أن يكون مخالفاً للقياس، والقياسُ يُترك للعُرف، كما تقرّر في موضعه.

ونظراً إلى هذه النّواحي أفتى جمعٌ من العلماء المعاصرين بجواز بيع هذا الحقّ. أذكر منهم من علماء القارة الهنديّة: مولانا الشّيخ فتح محمد اللّكنوي رحمه الله[1] تلميذ الإمام عبد الحيّ اللّكنويّ رحمه الله تعالى، والعلاّمة الشّيخ نظام الدين، مفتي

(١) عطر الهداية ص ١٩٢_١٩٤

www.besturdubooks.wordpress.com

دارالعلوم بديوبند،[1] وفضيلة الشيخ المفتى عبدالرحيم اللاجبورى رحمه الله تعالى.[2]

وأمّا المانعون، فتمسّكوا أولاً بأنّ حقّ الابتكار حقٌّ، وليس عيناً، ولايجوز الاعتياضُ عن الحقوق المجرّدة، ولكن يتّضح ممّا سبق من كلام الفقهاء أنّ عدم جواز الاعتياض عن الحقوق ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيلٌ بسطناه عند الكلام على شتّى أنواع الحقوق.

وتمسّكوا ثانياً بأنّ من باع كتاباً إلى آخر، فقد ملَكَ المشترى ذلك الكتابَ بجميع أجزاءه، ويجوز للمشترى أن يتصرّف فيه كيف شاء، فيجوز له أن يقوم بطباعته، وليس للبائع أن يحجُره من ذلك. ولكن يمكنُ الجواب عنه بأنّ التّصرّف فى المبيع شيء، وإنتاجُ مثله شيء آخر، وإنّ الّذى يملكه المشترى بشراء الكتاب هو الأوّل، فيجوز له أن يتصرّف فى الكتاب بما شاء من قراءة، وانتفاع، وبيع، وإعارة، وهبة، ومإلى ذلك من التّصرّفات الأخرى. وأمّا طباعة مثل هذا الكتاب، فليس من منافع المبيع، حتىّ يستلزمَ ملكُه ملكاً لحقّ الطّباعة. وهذا مثلُ الفلوس المسكوكة من قِبل الحكومة إذا اشتراها رجل، فله أن يتصرّف فيها بماشاء من بيع، أوهبة، واستبدال، وما إلى ذلك من التّصرّفات الفرديّة، ولكن لايجوز له بحكم هذا الشّراء أن يسُكّ فلوساً أخرى على منوالها. فظهر بهذا أنّ مِلك الشّيء لايستلزم حقَّ المالك فى إنتاج مثله.

وتمسّكوا ثالثاً بأنّ الّذى يُنتِج هذا الشّيء المبتكَر، أو يطبع ذلك الكتاب المؤلّف، فإنّه

---

(١) نظام الفتاوى ١٢٨ـ١٢٣

(٢) فتاوى رحيميه ٣: ٢٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

لايُسبّب خسارةً للمنتِج أوالمؤلف. وغاية مافى الباب أنّه يُقلّل من ربح المنتِج أو المؤلّف. وقلّة الربح ليست خسارة. ويمكن الجواب عن هذا بأنّ قلّةَ الربح وإن لم يكن خسارة، ولكنه ضرر، وبين الضّرر والخسارة فرق واضح. ولا شكّ أنّ من تحمّل المتاعب والمشاقّ الجسمية والفكريّة، وبذل الأموال الجمّة والأوقات الغالية في إيجاد شيء أوتأليف كتاب، وتنازل عن الرّاحة. فإنّه أحقّ بالاسترباح بما ابتكره من الرّجل الّذي اشتراه بمال بسيط في لحظة واحدة، ثمّ جعل يبخس السُّوق على المبتكر الأوّل.

وربّما يُقال: إنّ الاعتراف بحقّ الطّباعة لفردٍ واحد يُسبّب كتماناً للعلم. ولكنّ كتمان العلم إنّما يكون إذا منع المؤلفُ النّاس من الاستفادة بما ألفه قراءةً وتعليماً وتبليغاً. أمّا الّذي يحتفظ بحقّ الطّباعة، فإنّه لايمنع أحداً من قراءة الكتاب، ولا من دراسته ولا من تعليمه، ولا من تبليغ مافيه، حتىّ أنّه لايمنع من بيعه والتّجارة فيه، ولكنّه يمنعُ من أن يطبعه الآخر بغير إذنٍ منه، ليكسب بذلك الأرباح، فليس ذلك من كتمان العلم فى شيء.

والدّليل الأخير للمانعين أنّ الاحتفاظ بحقوق الطباعة يضيّق دائرةَ انتشار الكتاب، ولو كان لكلّ أحدٍ حقٌ فى طبع الكتاب ونشره، لكان انتشارُه أوسع، وإفادتُه أعمّ وأشمل. وهذا أمرٌ واقعٌ لامجال لإنكاره، ولكنّ الدّليلَ ينقلب إذا نظرنا من ناحيةٍ أخرى. وهى أنّ المبتكرين لو مُنِعوا حقّ أسبقيّتهم بالاسترباح ممّا ابتكروه، لفشلت هممُهم عن اقتحام المشاريع الكبيرة من أجل الاختراعات الجديدة، حينما يرون أنّ ذلك لايُدرّ إلاّ ربحاً بسيطاً. وإنّ مثلَ هذه الأمور الّتى تحتمل وجهين لاتفصل القضايا الفقهيّة مادام الشّيء ليس فيه محظورٌ شرعى،

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّ جميع المباحات فيها مايضرّ وينفع.

١١٧ - تنبيه

وبالجملة، فالرّاجع عندنا، والله سبحانه أعلم، أنّ حقّ الابتكار والتّأليف حقّ معتبر شرعاً، فلايجوز لأحد أن يتصرّف في هذا الحقّ بدون إذن من المبتكر أوالمؤلّف. وينطبق ذلك على حقوق برامج الكمبيوتر أيضا. ولكنّ التعديَ على هذا الحقّ إنّما يُتصوّر إذا أنتج أحدٌ مثلَ ذلك المنتَج ْوالكتاب أوالبرنامج بشكلٍ واسع للتّجارة فيه، أوبقصد الاسترباح. أمّا إذا صوّره لاستعماله الشّخصيّ، أو ليهبه إلى بعض أصدقاءه بدون عوض، فإنّ ذلك ليس من التعدّي على حقّ الابتكار. فما توغّل فيه نَشَرةُ الكتب ومُنتجو برامج الكمبيوتر من منع النّاس من تصوير الكتاب، أو قُرص الكمبيوتر، أو جزء منه لاستفادة شخصيّة، وليس للتّجارة، فإنّه لامبرّرله أصلا. وهذا ما ينطبق عليه أنّ مالك الكتاب أوالقُرص يملك ماشاء فيه من التّصرّفات للاستفادة الشّخصيّة، وليس للمنتج أن يمنعه منها. وإنّما الممنوع أن يُنتج مثلها بقصد الاسترباح والتّجارة فيه بدون إذن منه. والله سبحانه وتعالى أعلم.[1]

---

(١) ومن الجدير بالذكر هنا أن والدي العلامة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى كان يفتي بعدم جواز بيع حقوق النشر وله في ذلك رسالة وجيزة مطبوعة في كتابه "جواهر الفقه" ولكنه بعد هذا التأليف كان يريد أن يدرس هذه المسألة من جديد ببحث وتحقيق مستفيض بما ينقح مسألة الحقوق والاعتياض عنها، وكان منفتحا لكل رأي جديد يسنح له بعد هذا البحث ولكنه لم يجد لذلك فرصة، ففوض إلى هذا الأمر مرتين، وشرعت في جمع مادته، ولكنه لم يتح لي إكماله في حياته رحمه الله تعالى، وإنما وفقت لإكمال هذا البحث بعد انتقاله إلى رحمة الله بزمان، فبحثي هذا امتثال لأمره رحمه الله تعالى. وإن كان يبدو في الظاهر أن الرأي الذي انتهيت إليه مخالف لرأيه المطبوع، ولكن بما أنه كان يريد إعادة النظر في الموضوع فلا سبيل اليوم إلى الجزم بأن ماكتبته مخالف لرأيه أو يوافقه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٨- بيع الاختيارات (Options)

ومن البيوع الشائعة في البورصات العالمية بيع الاختيارات. وهو عبارة عن التزام أحد الطرفين ببيع شيء أو شراءه بسعر متفق عليه خلال مدة معلومة. مثل أن يحتاج رجل إلى شراء حنطة في المستقبل، ولكنه يخشى أن يزداد سعره في السوق عند الشراء. فيأتي آخر، ويقول له: إني ملتزم ببيع الكمية المطلوبة من الحنطة بسعر محدد اليوم، ولك الخيار في شراءها مني خلال مدة نتفق عليها، ويتقاضى أجرة مقابل هذا الالتزام، ويسمى ثمن الاختيار.

وعلى عكس ذلك، ربما يريد البائع أن يبيع شيئاً في المستقبل، ولكنه يخشى أن ينتقص سعره عند البيع، فيأتي آخر فيقول: إني ملتزم بالشراء في ذلك التاريخ بسعر نحدده اليوم، ولك الخيار في أن تبيعه مني خلال مدة نتفق عليها. ويتقاضى الملتزم أجرة مقابل هذا الالتزام. ومثل هذه الاختيارات شائعة اليوم في بيع أسهم الشركات، والعملات، والسلع الدولية. وإن هذه البيوع باطلة في الشريعة الإسلامية، لأن البائع فيها لاينقل إلى المشتري مالاً، ولا حقاً مالياً، فهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل. ولا يمكن تخريجه على العربون، لأن ما يدفع من ثمن الاختيارات إنما يكون قبل البيع، والعربون إنما هو مشروع عند الحنابلة في عقد البيع، ولأن ثمن الاختيارات لايحسب من ثمن المبيع إن وقع الشراء بعده. وقد ذكر الفقهاء أن الانتظار بالبيع لاتجوز المعاوضة عنه. وأقرب ما ذكره الفقهاء في مثل هذا العقد ما قاله ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فأمّا إن دفع إليه قبل البيع درهماً، وقال: لاتبع هذه السلعة لغيري، وإن لم

www.besturdubooks.wordpress.com

أشترها منك، فهذا الدّرهم لك. ثمّ اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ، وحسب الدّرهم من الثّمن، صحّ. لأنّ البيع خلا عن الشّرط المفسد...وإن لم يشتر السّلعة في هذه الصّورة، لم يستحقّ البائع الدّرهم، لأنّه يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرّجوع فيه. ولايصحّ جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله. لأنّه لوكان عوضاً عن ذلك، لما جاز جعله من الثّمن في حال الشّراء. ولأنّ الانتظار بالبيع لاتجوز المعاوضة عنه."(١)

والواقع أنّ هذه التّعاملات داخلةٌ في المضاربات الّتي هي أشبهُ بالمقامرة منها بالبيع والتّجارة. وذلك أنّ بائعَ الاختيار لايملك عادةً ما يلتزم ببيعه، وإنّما يدخل في هذا الالتزام على أساس التّوقعات التي يخمّنها للمستقبل، وكذلك المشتري.

ولايقاسُ هذا على الحقوق التي التحقت بالأعيان في جواز بيعها على أساس العُرف، والّتي سبق أن ذكرنا جوازَ مبادلتها بالمال، لأنّها حقوقٌ مشروعةٌ يملكُها البائعُ قبل البيع، فينقُلها إلى المشتري بثمن، بخلاف الاختيارات، فإنّ هذا الالتزام ليس حقًّا يقبل الانتقال إلى المشتري، وإنّما هو وعدٌ محضٌ من قِبل الملتزِم، ولايجوز أخذُ العوض على مثل هذا الوعد. وبذلك صدر قرارُ مجمع الفقه الإسلاميّ في دورته السّابعة المنعقدة بجدّة. ونصّ القرار مايلي:

"إنّ المقصود بعقود الاختيارات الاعتياضُ عن الالتزام ببيع شيء محدّد موصوف، أوشرائه بسعر محدّد خلالَ فترة زمنية معيّنة، أو في وقت معيّن، إمّا مباشرةً، أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطّرفين. إنّ عقود الاختيارات،

---

(١) المغني لابن قدامة، مبحث العربون ٤: ٢٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

كما تجرى اليوم فى الأسواق الماليّة العالميّة هى عقودٌ مستحدثةٌ لا تنضوى تحت أيّ عقدٍ من العقود الشرعيّة المسمّاة. وبما أنّ المعقود عليه ليس مالاً، ولا منفعةً، ولا حقّاً ماليّاً يجوز الاعتياضُ عنه، فإنّه عقدٌ غير جائز شرعاً. وبما أنّ هذه العقود لاتجوز ابتداءً، فلا يجوز تداولها.[1]

أمّا إذاكان هذا الالتزامُ بدون عوض، فينطبق عليه أحكامُ الوعد، وقد فصّلنا الكلامَ فيه بعنوان مستقلٍّ عند البحث عن صيغة العقد، والله سبحانه أعلم.

١١٩ـ الشّرط الثّانى: كون المبيع متقوما

والشّرط الثّانى لجواز البيع أن يكون المبيعُ متقوّماً. وهو شرطٌ لانعقاد البيع، فما ليس متقوّماً بحكمِ العُرف أوبحكم الشّرع لاينعقد بيعُه.

١٢٠ـ ماليس متقوما عرفاً

أمّا ماهو غير متقوّم فى العرف، فكلُّ مالا يُنتفع به، وقد ذكرفيه الفقهاء جميعَ حشرات الأرض، كالحيّة، والعقرب، والفأرة، والنّمل، والدّيدان، والحيوانات التى لايُنتفع بها، مثل الأسد، والذّئب، والحدأة والنّعامة[2]. ولكن صرّح الفقهاء أنّ علّة منع بيعها عدمُ الانتفاع بها. فإن وقع الانتفاعُ بها بصورةٍ من الصّور المباحة جاز بيعُها. ولذلك جوّزوا بيع الدّيدان لتكون طُعمةً للصّيد.[3] حتّى أفتى بعضُ العلماء بجواز

---

(١) قرار ٧:١:٦٥ مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد السابع ١: ٧١١

(٢) المجموع شرح المهذب ١٠: ٢٦٨، ونهاية المحتاج ٣: ٣٨٣ والمغنى لابن قدامة ٤: ٣٠٢

(٣) كشاف القناع ٣: ١٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بيع الدّيدان الّتى تعامل النّاس بالتّجارة فيها لكونها جميلةَ المنظر، ولم يُعرف له استعمالٌ آخر.[١] وكذلك يجوز بيعُ الحيّات لاستخدامها فى الأدوية، وبيعُ الفيل وكلُّ حيوانٍ يُنتفع بجلده أو عظمه، كما ذكره الحصكفىّ فى الدّر المختار، ثم قال: "والحاصل أنّ جواز البيع يدور مع حلّ الانتفاع" وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"ونقل السّائحانىّ عن الهندية: ويجوز بيعُ سائر الحيوانات سوى الخنزير، وهو المختار. وعليه مشى فى الهداية وغيرها من باب المتفرّقات."[٢]

فتبيّن أنّ التقوّم العرفىّ يحصل بالانتفاع، فكلّ ما انتُفع به فهو متقوّم عرفاً. ولكن يشترط لجواز بيعه أن يكون الانتفاعُ به مباحاً شرعا. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وجملة ذلك أنّ كلّ مملوكٍ أبيح الانتفاع به، يجوز بيعُه إلاّ ما استثناه الشّرع."[٣]

١٢١- ماليس متقوماً شرعاً

فكلُّ مالا يباحُ الانتفاع به ليس متقوّماً شرعاً، ولايجوز بيعُه، وهوما كان استعمالُه متمحّضاً فى محظور.

---

(١) راجع إمداد الأحكام للشيخ ظفر أحمد التهانوي رحمه الله تعالى، المتفرقات من كتاب البيوع ٣: ٣٧٥ و٣٧٦

(٢) ردالمحتار، باب البيع الفاسد ١٥: ٦٠٤ فقره ٢٣٤١٣

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٠٢ ومثله فى مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٦٣ والمجموع شرح المهذّب، ٩: ٢٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

١٢٢ـ بيع الخمر والمسكرات الأخرى

فلا يجوز بيعُ الخمر، لأنه وإن كان مالاً، فإنّه مالٌ غير متقوّم شرعاً. فإذا باع مسلمٌ خمراً، فالبيع باطلٌ بالاتفاق. أمّا إذا جُعل الخمر ثمناً، فهو باطلٌ كذلك عند الأئمة الثلاثة الذين لايفرّقون بين الباطل والفاسد في البيع. أمّا عند جمهور الحنفيّة، فالبيع فاسد، لا باطل، فيما إذا كان الخمر ثمناً. ويجب على المشتري قيمةُ الخمر المتعارفة بين غير المسلمين. والفرق، كما ذكره ابن عابدين عن التّلويح، أنّ الثّمنَ غير مقصود، بل هو وسيلةٌ إلى المقصود، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان، ولهذا اشتُرط وجودُ المبيع دون الثّمن، فبهذا الاعتبار صار الثّمن من جملة الشّروط، فيفسد البيع لكون أحد البدلين غير متقوّم.(١) وكذلك إذا بيعت مقايضةً، فإنّ البيعَ فاسد أيضاً على أنّ الخمر تُعتبر ثمناً لامبيعاً. قال ابن نُجيم رحمه الله تعالى: "والعكسُ وإن كان ممكناً، لكن ترجّح هذا الاعتبار نمافيه من الاحتياط للقُرب من تصحيح تصرّف العقلاء المكلّفين بطريق الإعزاز للعرض، فاعتبرنا ذكرها لإعزاز الثّوب لا للخمر، فوجبت قيمةُ العرض لا الخمر."(٢) وهذا مذهب الحنفيّة المشهور، ولكن مال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى إلى أنّ البيع باطل، سواء كانت الخمر مبيعاً أم ثمناً، وسيأتي إن شاء الله تعالى في مبحث البيع الفاسد.

وماذكرنا في حُرمة بيع الخمر ينطبق على جميع الأشربة المسكرة المحرّمة عند جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، وهو مذهب محمّد وأبي يوسف

---

(١) ردالمحتار، أوائل كتاب البيوع، ١٠:٤، فقرة ٢٢١٦٩ ومنحة الخالق ٥: ٤٣٠

(٢) البحر الرائق ٦: ١١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

من الحنفيّة. أمّا الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى، فيقصر حرمة البيع على النيّ ء من ماء العنب فقط، لأنّها الخمرُ حقيقةً. أمّا غيرُها من الأشربة، فينعقد بيعُها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويُكره. وكذلك الحكمُ عند الصاحبين في غير المصنوع من العنب والتّمر. والفتوى في مذهب الحنفيّة على قول أبي حنيفة في البيع، كما ذكره ابن عابدين، وحكى الكراهة عن الغاية.[١] والظّاهر أنّ هذه الكراهة إنّما تثبت إذا لم يُقصد به غرضٌ مشروع. فإن قُصد به غرضٌ مشروع، مثل الضّماد للتّداوي، أو لأغراضٍ صناعيّة أخرى غير الأكل والشّرب، كاستعماله اليوم في صناعة الحبر أو العطور، فالظّاهر أنّه لايُقال بكراهته التّحريمية، ولوكان الاجتنابُ منه أولى، ولاسيّما إذ وُجدت موادُّ أخرى تؤدّي ذلك الغرض.

١٢٣ – الأدوية والأغذية المشتملة على الكحول

الكحول المسكرة صارت تُستعمل اليوم في معظم الأدوية، وفي كثير من المأكولات لغرض الحفظ لكونه من المحافظات (preservatives) ولأغراض كيمياويّة أخرى، ولا يُستغنى عنها في كثير من الصّناعات الحديثة، وقد عمّت بها البلوى. وينبغي أن نعرف حُكمه الشّرعيّ لاستعمالاتها المختلفة. وهي ترجع إلى ثلاثة استعمالات: الأوّل للتّداوي، والثّاني: للاستعمال الخارجيّ مثل استخدامها في الحبر أو العطور أو الأصباغ، والثّالث: استعمالها في المأكولات، مثل الشوكلاتة والايس كريم والبسكويت وغيرها.

---

(١) ردالمحتار، كتاب الأشربة ٦: ٤٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا استعمالها للتّداوي، فإنّ فتوى المتأخّرين من الحنفيّة على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّ التّداويَ بالمحرّمِ يجوز إن عُرف أنّ فيه شفاء، ولم يُعرفْ دواءٌ آخر. وهذا الحكمُ عندهم يعُمّ جميعَ المحرّمات حتّى الخمر.[1]

أمّا الشّافعيّة، فجوّزوا التّداويَ بالمحرّمات غيرِ المسكرة إذا تعيّن الشّفاءُ فيها. فأمّا التّداوي بالمسكر، فلا يجوز عندهم.[2] نعم! لو كانت الخمرُ مستهلَكةً في دواءٍ آخر، فحكمُها حكم المحرّمات الأخرى، حيثُ يجوز استعمالها إن لم يكن هناك دواءٌ آخر. قال الرّمليّ رحمه الله تعالى:

"والأصحّ تحريمُها (أي الخمر) صِرْفاً لدواء...أمّا مستهلَكةً مع دواءٍ آخر، فيجوز التّداوي بها كصَرْف بقيّة النّجاسات. إن عُرف، أو أخبره طبيبٌ عدلٌ بنفعها وتعيينها بأن لايُغني عنها طاهر."[3]

والمالكيّة والحنابلة متّفقون على عدم جواز التّداوي بالمحرّمات،[4] والخمرُ وغيرُ الخمر في ذلك سواء. ولكن هناك قولٌ عند المالكيّة مثلُ قول الشّافعيّة في أنّ الخمر إن كانت مستهلَكةً مع دواءٍ آخر جاز استعمالُها إن تعيّن للعلاج. قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

"أمّا أكلُه والتّداوي به في باطنِ الجسد، فالاتّفاق على تحريمه...وحكى

---

(١) وبسطت مذهب الحنفيّة في هذا الموضوع في تكملة فتح الملهم، كتاب الحدود ٣: ١٧٩ و ١٨٠

(٢) المجموع شرح المهذّب ٩: ٥٠ و ٥١

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٨: ١٤

(٤) راجع المغني لابن قدامة، كتاب الأطعمة ١١: ٨٣ ولم يذكروا استثناء ما استُهلكت فيه الخمر، كما ذكره الشّافعيّة وبعض المالكيّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

الزناتي فيما إذا استهلكت الخمر في دواء بالطبخ أو التركيب حتى يذهب عينها ويموت ريحها، وقضت التجربة بإنجاح ذلك الدواء قولين بالجواز والمنع. قال: وإن لم تقض التجربة بإنجاحه، لم يجز باتفاق. انتهى. والظاهر المنع مطلقاً."(١)

والحاصل أن الراجح في مذهب المالكية والحنابلة أن التداوي بالخمر لايجوز على الإطلاق. ويجوز عند الشافعية وبعض المالكية إن كانت الخمر مستهلكة مع دواء آخر حلال، وتعين للعلاج. ويجوز في الراجح من مذهب الحنفية مطلقاً (ولو لم يكن مستهلكاً) إن لم يكن هناك دواء آخر لذلك المرض.

أما استعمال الكحول الخارجي لغير التداوي في مثل العطور والحبر والأصباغ، فيتوقف حكمه على كونه نجساً أو طاهراً. وقد ثبت من مذهب الحنفية المختار أن غير الأشربة الأربعة (المصنوعة من التمر أو من العنب) ليست نجسة. وبما أن الكحول المستخدمة للاستعمال ليست داخلة في الأشربة الأربعة، فإنها ليست نجسة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. ولذلك يجوز على قولهما استعمال العطور والحبر والأصباغ ونحوها التي توجد فيها الكحول.

وكذلك يجوز على قول من يقول إن الخمر ومافي معناها من الأشربة محرمة، ولكنها ليست نجسة. وأن المراد بالرجس في الآية الكريمة النجاسة الحكمية، لاالحسية، وهذا القول منسوب إلى ربيعة بن أبي عبدالرحمن شيخ مالك، والمزني من الشافعية، والليث بن سعد، وبعض المتأخرين من البغداديين والقرويين من

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ١: ١١٩

المالكية.[1] وذكر النووي رحمه الله تعالى أنه قول داود الظاهري، وانتصر النووي لدليله، ولكن قال في الأخير: "وأقربُ ما يُقال ما ذكره الغزالي أنه يُحكم بنجاستها تغليظاً وزجراً عنها قياساً على الكلب وما ولغ فيه."[2] وقد اختار قولَ الطهارة جمعٌ من المؤلفين المتأخرين والمعاصرين، مثل النواب صديق حسن خان والشيخ طاهر بن عاشور، والشيخ رشيد رضا، والشيخ صالح العثيمين رحمهم الله تعالى.[3]

و كذلك يُحكم على طهارة المركّبات من الكحول على قول ابن تيمية رحمه الله تعالى، فإنه لايُفرّق بين الماء والمائعات الأخرى في أنها إن كانت قدرَ قُلّتين لاتتنجّس بوقوع النجاسة فيها إن لم تتغيّر أوصافُها. قال رحمه الله تعالى: "والقولُ بأنّ المائعات لاتتنجّس كما لاينجس الماء هو القول الراجح، بل هي أولى بعدم التنجيس من الماء."[4] وبما أنّ هذه المركّبات تُصنع عادةً بالكمّيات الكبيرة، فالظاهر أنها لاتتنجّس على قول ابن تيمية رحمه الله تعالى بوقوع الكحول فيها، وإن كانت نجسةً على قوله.[5]

أمّا على قول المالكية والشافعية والحنابلة، فالقولُ بطهارة العطور المشتملة على الكحول مشكلٌ جداً، لأنّ جميع أنواع الخمر نجسةٌ عندهم، ولو دخل شيءٌ منها في مائعٍ غير الماء، فإنّه يُنجّسه، ولو كان المائعُ الذي دخلت فيه الخمرُ كثيراً، ولو لم

---

(١) هذه الأقوال مذكورة في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المجلد ٣، ٦: ٢٦٩ سورة المائدة: ٩٠

(٢) المجموع شرح المهذّب، كتاب الحيض ٢: ٥٦٤

(٣) الروضة الندية لصديق حسن خان ١: ٢٠ والتحرير والتنوير لابن عاشور ٧: ٢٥ وتفسير المنار ٧: ٤٨ سورة المائدة: ٩٠ والشرح الممتع على زاد المستقنع للعثيمين ١٥: ١٩٥

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١: ٥١٤ وراجع أيضاً ٢١: ٥٠٨

(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤: ٢١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

تغيّر أوصافها.[١] هذا على القول المختار في هذه المذاهب، ولكن هناك أقوالٌ مرجوحةٌ في كلّ واحد من هذه المذاهب الثلاثة أنّ جميعَ المائعات في حكم الماء، ذكرها العلاّمة ابن تيميّة رحمه الله تعالى،[٢] وردّ عليها في كتب المذهب التي أحلنا عليها في الهامش.

والحاصلُ ممّا ذكرنا أنّ المركّباتِ التي تشتمل على الكحول لا يستقيم القولُ بطهارتها إلاّ على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى من الأئمّة الأربعة، أو على قول شيخ الإسلام ابن تيميّة رحمه الله تعالى، أو على مانُسب إلى ربيعة وغيره، والله تعالى أعلم بصحّة هذه النّسبة.

فما زعم بعضُ المعاصرين من أنّ الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى يقول بطهارة الخمر بالاستهلاك في شيئ طاهر، ليس بصحيح. وإنّما قال بجواز التّداوي به إن لم يوجد دواءٌ آخر، كما أسلفنا نصوصَ الشّافعيّة في ذلك. والظّاهرُ من نصوصهم أنّه يُحْكَمُ بجواز التّداوي عندهم مع بقاءها على النّجاسة، لأنّ الجوازَ مشروطٌ في كلامهم بأن يكون الدّواءُ متعيّناً لذلك المرض، ولو كان قد طهُر بالاستهلاك، لماَ شُرط فيه أن لا يكون هناك دواءٌ آخر. فالظّاهر أنّ هذا الحكمَ مقتصرٌ عندهم على الأدوية، ولايتعدّى

---

(١) قال النوويّ رحمه الله تعالى: "أمّا غير الماء من المائعات وغيرها من الرطبات، فينجس بملاقاة النّجاسة وإن بلغت قلالاً. وهذا لاخلاف فيه بين أصحابنا." (المجموع شرح المهذّب، كتاب الطّهارة ١: ١٢٥) وقال خليل رحمه الله تعالى: "وينجس كثير طعام مائع بنجس قلّ" وقال الحطّاب: "لاخصوصيةَ للطّعام بماذكر...بل هو حكم سائر المائعات." (مواهب الجليل للحطّاب ١: ١٠٨ و ١١٠) وذكرابن قدامة رحمه الله تعالى في هذه المسئلة ثلاثة أقوال أولها: "أنه ينجس بالنجاسة وإن كثر." وقال في الأخير: "والأوّل أولى."

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١: ٤٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

غيرها من العطور ونحو ذلك، لأنّ الأصل عندهم أنّ ما تنجس بملاقاة النّجاسة إن كان جامداً كالثّوب جاز بيعه، وإن كان مائعاً لايمكن تطهيره، كالخلّ والدّبس، لم يجز بيعه.(١) فأمّا الطّهارة بالاستهلاك، فإنّما تتأتّى عندهم فيما إذا لاقى النّجس ماءً كثيراً مقدّراً عند الشّافعيّة بالقلّتين. أمّا غير الماء من المائعات، فقد اتّفقت أقوال الشّافعيّة على أنّه ينجس بملاقاة النّجاسة، وإن بلغت قلالاً. فعلى هذا، إن أدخلت الكحول في غير الماء من المائعات،لم تطهر بالاستهلاك.

ولكن يُمكن القول بالجواز على مذهب الشّافعيّة إن كانت الكحول الدّاخلة في المائعات قليلةً جداً بحيثُ تصير كالمعدوم، فإنّهم ذكروا أنّ النّجاسة إن كانت ممّا لايدركها الطّرف، أي لاتُشاهَد بالعين لقلّتها، بحيثُ لو كانت مخالفةً للون ثوب ونحوه، ووقعت عليه لم تُر لقلّتها، او كالبول يترشّش إليه ونحو ذلك. فهناك قولٌ بأنّه لاينجّس، وإن لم يكن مادخل فيه ماءٌ. وهو الّذي صحّحه الماورديّ رحمه الله تعالى، وإن كان بعضُ الشّافعيّة خالفوه في التّصحيح.(٢)

وإنّ مذهبَ الحنابلة مثلُ مذهب الشّافعيّة في أنّ غيرَ الماء من المائعات إذا وقعت فيه نجاسةٌ، فإنّه ينجس وإن كان فوقَ القُلّتين. بل الظّاهرُ أنّ قولهم أشدُّ في أنّهم لم يستثنوا من النّجاسة ما لايُدركه الطّرْف، كما استثنى الشّافعيّة. بل قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "ولافرقَ بين يسير النّجاسة وكثيرها، وسواءٌ كان اليسيرُ ممّا يُدركه الطّرْف أو لايدركه من جميع النّجاسات...لأنّ دليل التّنجيس لايُفرّق بين يسير

---

(١) المجموع شرح المهذّب، كتاب البيوع ٩: ٢٣٥ والبجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع ٣: ٥

(٢) راجع المجموع شرح المهذّب، كتاب الطّهارة ١: ١٢٦ و ١٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

النّجاسة وكثيرها، ولابينَ ما يُدركه الطّرْف وما لايُدركه، فالتّفريق تحكّمٌ بغير دليل."[1]

١٢٤- المأكولات الّتي تشتمل على الكحول

أمّا المأكولات أو المشروباتُ الّتي تشتمل على الكَحول، فإنّ حكمَها على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنّها لا تحرُم إن لم تبلُغْ حدَّ الإسكار. وقد أفتى المتأخّرون من الحنفيّة بقول الإمام محمّد رحمه الله تعالى على مذهب الجمهور أنَّ ما أسكر كثيرُه، فقليلُه حرام. ولكنَّ هذه الفتوى محلُّها التّناول مباشرةً. أمّا إذا خُلِطتِ الكحولُ بمادّةٍ أخرى، فإن استحالَت فيها الكحول، يحلّ تناولُها، ولكن يجب أن تكون الاستحالةُ بانقلاب ماهية الكحول. وإنّ مجرّد تغيّر الأوصاف ليس في معنى الاستحالة، كما نبّه عليه ابن عابدين رحمه الله تعالى، وقال:

"إنّ الدِّبس ليس فيه انقلابُ حقيقة، لأنّه عصيرٌ جمد بالطّبخ، وكذا السّمسم إذا دُرِسَ واختلط دُهنه بأجزاءه، ففيه تغيّرُ وصف فقط، كلبنٍ صارجُبْناً، وبُرٍّ صار طحيناً، وطحينٍ صار خبزاً، بخلاف نحو خمرٍ صارخلاً، وحمارٍ وقع في مملحة، فصار مِلحاً...فإنّ ذلك كلّه انقلابُ حقيقةٍ إلى حقيقةٍ أخرى، لامجرّدُ انقلاب وصف."[2]

فلو لم يتحقّق انقلاب ماهية الكحول، بل حصل تغيّر الأوصاف فقط، فإنّه لايحلّ على قول الحنفيّة. ولم أجد من جوّزه إلاّ شيخُ الإسلام ابنُ تيميّة رحمه الله تعالى،

---

(١) المغني لابن قدامة، كتاب الطّهارة ١: ٣٠ و٣١

(٢) ردّالمحتار، باب الأنجاس ٢: ٣٤٩ فقره ٢٨٥٣

حيثُ جعل زوال الأوصاف في حكم الاستحالة، فقال:

"إنّ الله حرّم الخبائثَ الّتي هي الدّمُ والميتةُ ولحمَ الخنزير ونحوُ ذلك. فإذا وقعت هذه في الماء أو غيره واستُهلكت، لم يبْقَ هناك دمٌ ولاميتةٌ ولا لحمُ خنزيرٍ أصلاً، كما أنّ الخمر إذا استُهلكت في المائع، لم يكن الشّاربُ لها شارباً للخمر."[١]

وأمّا المسكرات الجامدة، مثلُ الأفيون والبنج والحشيشة، فإنّها ليست نجسة، واستعمالها المباح ممكن في مثل التّداوي، ولأغراضٍ صناعيّة أخرى،[٢] فيجوز بيعُها شرعاً، كما صرّح به الحصكفيّ في الدّرّالمختار.[٣] وقال الحطّاب من المالكيّة:

"كذلك يقال في هذه الأشياء المغيّبة للعقل: يجوز بيعُ ذلك لمن لايستعمل منه القدرَ المغيّب للعقل، ويؤمَن أن يبيعه ممّن يستعمل ذلك."[٤]

وظاهر كلامه أنّه إذا علم البائع أنّ المشتريَ يستعملها لغرضٍ غير مشروعٍ، فلايجوز له البيع. و هذا القيدُ لم يذكره الحنفيّة، و ينطبق عليه الخلاف والتفصيل الّذي ذكرناه

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١: ٥٠١ و ٥٠٢

(٢) راجع المجموع شرح المهذب ٩: ٣٠ والحاوي للماوردي ١٩: ٢٠٨ وجامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٣٩٧ و ٣٩٨

(٣) الدر المختار، مع رد المحتار، كتاب الأشربة ٦: ٤٥٤

(٤) مواهب الجليل للحطاب، كتاب الطهارة، ١: ٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

في بيع العصير لمن يتخذه خمراً في بيان شروط العاقد، ولكنّ مقصودنا هنا أنّ استعماله لمباح ممكنٌ عندهم، فيجوز بيعه في ذلك الغرض المباح.

١٢٥- بيع الخنزير وأجزاءه

وكذلك الخنزير لايجوز بيعه لكونه ليس بمالٍ متقوّم شرعاً. وكذلك بيع أجزاء الخنزير لايجوز عند الجمهور. وهناك قولٌ لابن القاسم من المالكيّة بجواز بيع شَعر الخنزير،[١] كما يجوز بيعُ صُوف الميتة. ولعلّ هذا القول مبنيٌّ على أنّ نجاسة الخنزير وحرمةَ الانتفاع به مقتصرةٌ على لحمه،[٢] أو على أنّ الخنزير ليس نجسَ العين، وإن كان محرّماً، وأنّ المرادَ بالرّجس في الآية الكريمة كونُه قبيحاً مستقذَراً. ونسب بعض العلماء هذا القول إلى الإمام مالك رحمه الله تعالى،[٣] وإن لم أجده بهذا التّعبير في كتب المالكيّة. وإن كان، فإنّه قولٌ شاذٌ.

ولكن أجاز جمعٌ كبيرٌ من الفقهاء الانتفاعَ بشَعْره لضرورة خرز الخِفاف،[٤] وقالوا: "حتّى لو لم يوجد بلا ثمن، جاز الشّراء للضّرورة، وكُره البيعُ فلايطيب ثمنه."[٥] وظاهرُ التّعليل المذكور يقتضي أن لايجوز الانتفاعُ به ولاشراؤه في زماننا، إذ وُجدت اليومَ موادُّ كثيرةٌ

(١) مواهب الجليل للحطّاب، كتاب البيوع ٤: ٢٦٢

(٢) و يبدو من عبارة الشّوكانيّ أنّه اختار ذلك (راجع فتح القدير للشوكانيّ، سورة الأنعام ٢: ١٩٦)

(٣) راجع تيسير البيان لأحكام القرآن لابن نورالدّين اليمنيّ الشّافعيّ (المتوفى ٨٣٥ هـ) سورة الأنعام ٣: ٢٤٨ والتحرير والتنوير لابن عاشور، سورة المائدة ٦: ٩٠

(٤) المغني لابن قدامة ١: ٦٧

(٥) الدرالمختار مع حاشيته ١٤: ٦١٤ و ٦١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

تصلُح للخرز، فوقع الاستغناءُ عن شَعرالخنزير. والأصل حرمتُه ونجاسته، فيرجعُ الحكمُ اليومَ إلى أصله، وبه صرّح ابنُ نُجيم فى البحرالرائق، و الحصكفىّ فى الدّرالمختار.[1] وقد شاع اليومَ استعمالُ شعور الخنزير فى الفُرْشات التى يُنظَّف بها الأسنان، أو تُصبغ بها الجُدران، فلايجوز بيعها وشراؤُها لنجاسة شُعورالخنزير، ويمكن الاستغناءُ عنها بالفُرشات المتّخذة من الموادّ الأخرى. والله سبحانه أعلم.

أمّا جلدُ الخنزير، فيحرُم الانتفاع به عند الجمهور لكونه نجسَ العين، إلاّ فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، حيث ذهب إلى طهارة جلد الخنزير بالدّباغ، كما ذكر السّرخسيّ عنه.[2] وأمّا المذهب المعتمَد عند الحنفيّة، فأنّه لايطهُر بالدّباغ.

١٢٦ - بيع الخمر أو الخنزير فيما بين غيرالمسلمين

ثمّ الأحكامُ التى ذكرناها فى بيع الخمر والخنزير تنطبق على ما إذاكان المتبايعان مسلمَين، أوكان أحدُهما مسلماً. أمّا إذاكانا غيرَ مسلمين لايعتقدان حرمتهما، فبيعُهما فيما بينهم منعقد. قال النّسفىّ فى الكنز: "والذّمّيّ كالمسلم فى بيع غيرالخمر والخنزير." وعلّله ابن نجيم رحمه الله تعالى، على قول أنّهم غيرُ مخاطَبين بالفروع، بأنّهما حلالٌ فى حقّهم، وعلى قولِ أنّهم مخاطبون. بأنّ الحرمة ولوكانت ثابتةً فى حقّهم أيضاً، لكنّهم لايُمنعون من بيعهما، لأنّنا أُمرنا بتركهم وما يدينون.[3]

---

(١) البحرالرائق، باب البيع الفاسد ٦: ١٣٣ والدرالمختار، باب البيع الفاسد ١٤: ٦١٧

(٢) المبسوط للسّرخسي، باب الحدث فى الصلوة ١: ٢٠٢

(٣) البحرالرائق، باب المتفرقات من كتاب البيع، ٦: ٢٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

١٢٧- بيع الميتة وأجزاءها

وكذلك الميتة ليست بمالٍ متقوّمٍ شرعاً، فلا يجوز بيعُها، ولا بيعُ أيّ جزءٍ تحلّه الحياةُ منها، فلا يجوز بيعُ جلدها قبل الدّبغ، ويجوز بيعه بعد الدّبغ، لأنّه يطهُر بالدّباغ، فيحلّ الانتفاع به في غير الأكل بالاتّفاق، وبأكله أيضاً عند بعض الفقهاء الشّافعيّة والحنفيّة،[١] إلّا جلدَ الآدميّ لكونه مكرّماً.

أمّا أجزاءُ الميتة التي لاتحلّه الحياة، فطاهرةٌ يُنتفَع بها، فهي متقوّمة لامانعَ من بيعها وشراءها، فيجوز بيعُ عَصَبها، وصوفها، وعَظْمها، وشعرها، وريشها، ومنقارها، وظِلفها، وحافرها عند أبي حنيفة ومالك، وهو المذهب عند أحمد، وقال الشّافعيّ رحمهم الله تعالى جميعا: كلُّ ذلك نجسٌ لايحلّ الانتفاع به لعموم النّصوص في حرمة الميتة، وهو روايةٌ عن أحمد.[٢]

واستدلّ الجمهور بما رُوي عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه كان له مُشطٌ من عاجٍ،[٣] وهو عَظْم الفيل، وبماروى الدّارقطنيّ عن ابن عبّاس رضي الله تعالى عنهما قال: "إنّما حرّم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من الميتة لحمها، وأمّا الجلد والشّعر والصُّوف، فلابأس به."[٤]

وبسطت الكلام، في شرح صحيح مسلم،[٥] على الأحاديث الّتي استدلّ بها الجمهور.

---

(١) راجع المجموع شرح المهذّب، كتاب الطهارة ١: ٢٢٩ والبحر الرائق ١: ١٨٥ و١٨٦

(٢) راجع كتاب الطهارة من المغني لابن قدامة ١: ٦٦

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ١: ٢٦

(٤) سنن الدّارقطنيّ، باب الدّباغ، ١: ٦٩ برقم ١١٨

(٥) تكملة فتح الملهم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الخمر والميتة ١: ٣٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

والحاصل أنّها متكلّمٌ فيها، ولكن يعضُد بعضُها بعضاً. وقال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: " ولأنّه لاتفتقر طهارةٌ منفصلةٌ إلى ذكاة أصله، فلم ينجس بموته، كأجزاء السّمك والجراد، ولأنّه لايحلّه الموت، فلم ينجس بموت الحيوان، كبيضه. والدّليل على أنّه لاحياةَ فيه أنّه لايحسّ ولايألم، وهما دليلا الحياة. ولو انفصل في الحيوة كان طاهراً. ولو كانت فيه حياةٌ، لنجس بفصله لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم: "ما أبين من حيٍّ فهوميّت."[1] رواه أبو داود بمعناه."[2]

والحيوان الذي ذُبح أو قُتل بغير ذكاةٍ شرعيّة في حكم الميتة شرعاً، فلايجوز بيعُ المنخنقة، أو الموقوذة فيما بين المسلمين. وكذلك ماذبحه غير أهل الكتاب، ومتروكُ التّسمية عمداً.[3] وهذا على مذهب الجمهور. وأمّا الشّافعيّ رحمه الله تعالى، فقد أجاز متروكَ التّسمية عمْداً فيما هوالمشهور من مذهبه، فيجوز بيعه عنده. وقد ادّعى بعض الفقهاء أنّ قوله هذا مخالف للإجماع، فلايعتبر، حتّى قال ابن عابدين: "لو باع متروكَ التّسمية عمْداً مسلمٌ يقول بحلّه كشافعيّ، نحكُم ببطلان بيعه، لأنّه ملتزمٌ لأحكامنا، ومعتقدٌ لبطلان ماخالف النّصّ، فنُلزمه ببطلان البيع بالنّصّ، بخلاف أهل الذّمّة، لأنّا أمرنا بتركهم وما يدينون، فيكونُ بيعه فيما بينهم صحيحاً أو فاسداً، لاباطلاً كمامرّ."[4]

---

(١) غريب بهذا اللفظ، والذي رواه أبوداود (كتاب الصيد، رقم ٢٨٥٨) عن أبي واقد: "ما قطع من البهيمة وهيّ حيّة فهي ميتة."

(٢) المغني لابن قدامة، كتاب الطهارة، ١: ٦٦

(٣) المحيط البرهاني، كتاب البيوع "الفصل السادس، ٩: ٣٣٢

(٤) ردالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٥٤٩ فقره ٢٣٢٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وهذا مبنيٌّ على نفي كون المسألة مجتهداً فيها. ولكنّ المحققين على أنّ المسألة اجتهاديّة، وأنّ قول الشّافعيّ رحمه الله تعالى ليس مخالفاً للإجماع. فقال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "والمسألة مختلفةٌ بين الصّحابة رضي الله تعالى عنهم."[1] وقال بعدذلك:

"ونحن لا نُطلق اسمَ المحرَّم على متروك التّسمية، إذالمحرَّم المطلق مانبتت حرمته بدليل مقطوع به، ولم يوجد ذلك في محلّ الاجتهاد إذاكان الاختلاف بين أهل الديانة، وإنما نسمّيه مكروهاً أو محرّماً في حقّ الاعتقاد قطعاً لاعلى طريق التعيين، بل على الإبهام أنّ ماأراداالله عزّوجلّ من هذا النّهي فهوحقّ، لكنّا نمتنع عن أكله احتياطاً، وهو تفسيرالحرمة في حقّ العمل."[2]

وحكى القرطبيّ في تفسيره أنّ جماعةً من الصّحابة والتّابعين قالوا بمثل قول الشّافعيّ، وذكر أنّه روايةٌ عن مالك أيضاً،[3] كماذكر ابن قدامة أنه روايةٌ عن أحمد.[4]وقال الآلوسي رحمه الله تعالى:" والحقّ عندي أنّ المسألة اجتهاديّة، وثبوتُ الإجماع غيرمسلّم، ولوكان، ماكان خرقه الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى."[5]

وقال شيخنا العلاّمة العثمانيّ رحمه الله تعالى: "والمسألةُ من المسائل الّتي للاجتهاد

---

(١) بدائع الصنائع، كتاب الذبائح، ٤: ١٦٦

(٢) أيضاً ٤: ١٦٧

(٣) تفسيرالقرطبي، سورة الأنعام المجلد ٤، ٧: ٦٧

(٤) المغني لابن قدامة ١١: ٣٣

(٥) روح المعاني ٨: ٣٦٣

www.besturdubooks.wordpress.com

فيها مجال كسائر الاجتهاديات، وليس من القطعيات التي لامجال فيها للاجتهاد، حتى يُجعل كلامُه فيها من الأباطيل. والقولُ بأنّه مخالفٌ للإجماع ليس ممّا ينبغي، لأنّ الشافعيّ أعرفُ بالإجماع وأهله، فلا يُظنّ به أنه خرق الإجماع."[1]

فثبت أنّه إذا كان المتبايعان ممّن يعتقد مذهب الشافعيّ في حلّ متروك التّسمية، فلايحكم ببطلان بيعهما لمتروك التّسمية. نعم! لايجوز ذلك لمن يعتقد مذهب الجمهور، وإن باعه لمن يعتقد جوازه، والله سبحانه أعلم.

وذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى أنّ ذبيحة المجنون والصّبيّ الّذي لايعقل في معنى الميتة، وكذا ماذُبح من صيد الحرم، مُحْرِماً كان الذّابحُ أو حلالاً، وما ذبحه المحرم من الصّيد، سواء فيه صيد الحرم وصيد الحلّ، لأنّ ذلك ميتة.[2]

١٢٨ - حكم الهُلام (جيلاتين)

ومن المناسب هنا ذكرُ حكم الهُلام أو الجيلاتين (Gelatine) وهي مادّةٌ سائلة تُستعمل في الأدوية وبعض الأغذية، وتُتّخذ من جلود الحيوانات وعظامها. فإن كانت تلك الحيواناتُ مأكولةَ اللّحم شرعاً، فلا إشكالَ فيها. ولكن إن اتّخذ الهُلام من البقر بدون ذكاة شرعيّة، كما هو الحالُ في المركّبات الدّوائيّة والغذائيّة التي تُستورد من بلادٍ غير المسلمين، فإن كان الجيلاتين أُخذ من عِظامها، فإنّه طاهرٌ عند الحنفيّة، لأنّ العظام ممّا

---

(١) إعلاء السنن، كتاب الذبائح ١٧: ٦٢

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٢٣١ و ٢٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

لاتحلّه الحيوة، وما لاتحلّه الحيوة من أجزاء الميتة طاهر.[١] ولذلك جاز بيعه وشراؤه على مذهب الحنفيّة.

أمّا الجيلاتين المتّخذ من جلود الأنعام غير المذبوحة، فقد ذهب بعض المعاصرين إلى أنّه حلال، لأنّ قطعات الجلود تمرّ بعمل كيمياويّ تنقلب به ماهيتها، فتحِلّ وتطهر بالاستحالة على قول الحنفيّة. وإنّي شاهدتُ هذه العمليّة بنفسي في بعض المصانع، فلم يتّضح لي أنّ هذه العمليّة تكفي للاستحالة. لاشكّ أنّه تحدث فيه بعض التّغيّرات الكيمياويّة، ولكن ليست جميعُ التّغيّرات الكيمياويّة تؤدّي إلى انقلاب الماهية أو الاستحالة، بدليل أنّ التّغيّرات الكيمياويّة تحدث في طبخ اللّحم أيضاً، ولكن لايقال إنّ اللّحم تنقلب ماهيتُه بالطّبخ، وإلاّ جاز أكلُ جميع المحرّمات بعد الطّبخ. وذكر لي ذوو الاختصاص في هذا الفنّ أنّ العمليّة الّتي تجري على الجلود في صناعة الجيلاتين، لاتُحدِث فيها استحالة، وإنّما هو عملٌ يقع فيه تنظيف الجلود، وقلبُها إلى مادّة سائلة. ومجرّد تسييل الجامدات ليس قلباً لماهيتها، كما هو ظاهر. ولذلك لم تتبيّن لي استحالتُها حتّى الآن.

---

(١) "وكذا كلّ ما لاتحلّه الحيوة حتى الإنفحة واللبن على الراجح." (الدر المختار مع رد المحتار ١: ٦٨٧) ولكنّ الشّافعية لايفرّقون بين ما تحلّه الحيوة وما لاتحلّه، فيحكمون بنجاسة جميع أجزاء الميتة (راجع المجموع شرح المهذّب ١: ٢٣٦) أمّا المالكيّة والحنابلة، فيفرّقون بينهما، غير أنّهم يقولون إنّ العظم ممّا تحلّه الحيوة فيتنجس بالموت. (راجع المغني لابن قدامة ١: ٦٠ و ٦١) فلا يحكم بطهارة الجيلاتين المتخذ من العظام عندهم، حتى ولو ثبتت الاستحالة، لأنّ الاستحالة في غير الخمر غير مطهرة عند الشافعية والحنابلة، كما في المغني ١: ٦٠ والمجموع شرح المهذّب ٢: ٥٧٤ وأمّا المالكيّة، فالظّاهر من كلامهم أنّ الاستحالة مطهّرة، لأنّهم علّلوا طهارة اللبن باستحالته (الدسوقي، كتاب الطّهارة ١: ٥٠)

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ ما تبيّن لي بوضوح بعدَ مشاهدة العمليّة ومراجعة ذوي الاختصاص أنّ هذه العمليّةَ يحصل بها ما هو المقصود من دباغة الجلود. قال صاحب الهداية: "ثمّ ما يمنع النّتن والفساد فهو دباغ." وقد ذكر البابرتيّ رحمه الله تعالى في تعريف الدّباغ عن كتاب الآثار لمحمّد عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: "كلّ شيئ يمنع الجلد من الفساد."[1] وإنّ العمليّةَ الّتي تجري على الجلود تُستعمل فيها النّورة (Lime) والكلائي (Alkalai) لتنظيفها وتخليتها من الرّطوبات والجراثيم، ممّا يمنعها من الفساد، كما صرّح به ذوو الاختصاص. وهناك بحثٌ فنّيٌ لأحد أصحابي الشّيخ سرفراز محمد البرطانويّ حفظه الله تعالى الّذي هو متخصّص في الفقه مع اختصاصه في علم الكيمياء، وصل فيه إلى أنّ هذه العمليّة دباغٌ حقيقيّ للجلود، ولكن لاتحدُث بها الاستحالة.

وبما أنّ عظم حيوانٍ غير مذكّىً طاهر، وأنّ جلدَه يطهر بالدباغ، فإنّ الجيلاتين المتّخذ منهما طاهرٌ، ويجوز استعمالُه في غير الأكل باتّفاق الحنفيّة. أمّا استعماله في الأكل، فالصّحيح المفتى به عند الحنفيّة أنّه لايجوز. ولكن هناك قولٌ عند الحنفيّة والشّافعيّة في جواز أكله. ويسوغُ العمل به للتّداوي بالكيبسولات المتّخذة من الجيلاتين، بشرط أن لاتكون متّخذةً من جلد الخنزير أو عظمه. أمّا في غير التّداوي، فينبغي الاجتنابُ من أكله، ما لم تثبت استحالتها. أمّا البيع والشّراء، فيجوز في غير المتّخذ من الخنزير، لأنّه طاهرٌ حسبما ذكرناه، والانتفاع به ممكن بطريقٍ مشروع. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) العناية مع فتح القدير، كتاب الطهارة ١: ٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

۱۲۹ – الدّم

قد اتّفق الفقهاء على نجاسة الدّم وعدم جواز بيعه.[1] وقد شاع في عصرنا التّداوي بنقل دم إنسان إلى إنسان آخر مريض، وقد أفتى العلماء المعاصرون بجواز ذلك إذا لم يوجد دواء آخر، ولكن منعوا من بيعه لكرامة الإنسان.[2] ولكن إذا دعت الضّرورة الطّبية إلى ذلك، ولم يوجد مَن يتبرّع به، هل يجوز الشّراء في تلك الحالة؟ الظّاهر أنّه يجوز دفعُ الثّمن، ولايجوز للبائع أن يأخذ ثمنه. قياساً على ماذكروه في شعر الخنزير الذي أجازوه لضرورة خرز الخفاف أنّه: "حتّى لو لم يوجد بلا ثمن جاز الشّراء للضّرورة، وكُره البيع، فلايطيب ثمنه."[3] وبه أفتى والدي العلاّمة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى في رسالته الأردية في مسألة زرع الأعضاء.[4]

وكذلك يُستعمل الدّمُ في عصرنا لتغذية الدّجاج، وقد شاع استعماله في مزارع الدّواجن. وعمومُ النّصوص في نجاسة الدّم يقتضي عدم جواز ذلك، ومن ثَمّ عدم جواز بيعه لهذا الغرض.

وقد اختلف الفقهاء في جواز إطعام الحيوان ما هو نجس. فذهب الحنابلة إلى جواز ذلك. جاء في كشّاف القناع:

"ويجوز أن تُعلف النّجاسةَ الحيوانَ الذي لايُذبح قريباً، ولايُحلب

---

(۱) المغني لابن قدامة ٤: ۳۰۲

(۲) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ۱د ٤– ۸– ۸۸ مجلة المجمع العدد الرابع ۱: ٥١٠

(۳) الدر المختار مع ابن عابدين ١٤: ٦١٤ و ٦١٥

(٤) اعضاء انسانی کی پیوندکاری ص ۲۷

www.besturdubooks.wordpress.com

قريباً..قال في المبدع: ويحرُم علفُها نجسةً إن كانت تؤكل قريباً، أو تُحلب قريباً، وإن تأخّر ذبحُه أو حلبُه، وقيل: بقدر حبسها المعتبر: جاز في الأصحّ كغير المأكول على الأصحّ."[1]

وأطلق الفقهاء الحنفيّة عدم جواز الإطعام. جاء في الفتاوى الهنديّة:

"إذاتنجّس الخبزُ أوالطّعام، لايجوز أن يُطعَم الصّغير، أوالمعتوه، أو الحيوان المأكول اللّحم. وقال أصحابنا: لايجوز الانتفاع بالميتة على أيّ وجه، ولايُطعمها الكلابَ والجوارح. كذافي القنية."[2]

وأمّا الشّافعيّة والمالكيّة، ففرّقوا بين المتنجّس ونجس العين، حيثُ جوّزوا إطعام المتنجّس للحيوانات، ولم يُجوّزوا إطعام نجس العين. جاء في مختصر خليل: "وينتفع بمتنجّسٍ، لانجسٍ، في غير مسجد وآدميّ." وقال الحطّاب رحمه الله تعالى تحته:

"مراده بالمتنجّس ما كان طاهراً في الأصل، وأصابته نجاسةٌ، كالثّوب النّجس والزّيت والسّمن ونحوه تقع فيه فأرةٌ أو نجاسة، وبالنّجس ما كانت عينُه نجسةً، كالبول، والعذرة، والميتة، والدّم. وذكر أنّ الأوّلَ يُنتفع به في غير المسجد والآدمي، وشمل سائرَ وجوه الانتفاع."

ثمّ قال:

"قال في المدوّنة في العسل النّجس: لابأس بعلفه للنّحل. قال سند: وكذلك

---

(١) كشاف القناع، كتاب الأطعمة، ٦: ١٩٢

(٢) الفتاوى الهندية، كتاب الكراهية،الباب الثاني عشر ٥: ٣٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الطعام الّذي يُعجن أو يُطبخ بماءٍ نجسٍ يُطعم للبهائم والدّوابّ، وسواءٌ في ذلك ما يؤكل لحمه، وما لايؤكل على ظاهر المدوّنة، وكذلك الماءُ النّجس يُسقى للدّوابّ، والزّرع، والنّبات، وسائر الأشجار."(١)

وقال النّوويّ رحمه الله تعالى:

" وإذا عجن دقيقاً بماءٍ نجسٍ وخبزه، فهو نجسٌ يحرُم أكله. ويجوز أن يُطعمه لشاةٍ وبعيرٍ ونحوهما، ونصَّ عليه الشافعيّ رحمه الله تعالى، ونقله البيهقي في «السنن الكبير» في باب نجاسة الماء الدّائم عن نصّه. واستدلَّ له بحديث صحيح. وفي فتاوى صاحب «الشامل»: أنّه يُكره إطعام الحيوان المأكول نجاسةً. وهذا لا يخالفُ ما نصَّ عليه الشافعيّ في الطّعام؛ لأنّه ليس بنجس العين."(٢)

والحاصل أنّ إطعام ماهو نجسُ العين، مثل الدّم، لايجوز إلاّ في قول الحنابلة. ولكن لايجوز بيعه، ولو لهذا الغرض. جاء في بيوع كشاف القناع:

"ولايصحّ بيع دمٍ وخنزيرٍ وصنمٍ...ولايصحّ بيع أدهانٍ متنجسة...ولو بيع لكافرٍ يعلم حاله...ويجوز الاستصباح بها في غير مسجد على وجهٍ لاتتعدّى نجاسته."(٣)

ولكنّ الغذاء الّذي يُعدّ للدّواجن يكون مخلوطاً بأشياء كثيرة، مثل الحنطة، والذُّرة،

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب، كتاب الطهارة ١: ١١٧ و١١٨

(٢) روضة الطالبين، كتاب الأطعمة ٣: ٢٧٩

(٣) كشاف القناع، كتاب البيوع ٣: ١٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

والأرزّ وغيرها، ونسبةُ الطّاهرات فيها أكثر، فالظّاهر أنّ حكم هذا المركّب حكمُ المتنجّسات، فينبغي أن يجوز إطعامُه للدّواجن على قول المالكيّة والشّافعيّة. ولكن لايجوز عندهم بيعُ المتنجّسات الّتي لايُمكن تطهيرها، كما سيأتي، فالظّاهرُ على هذا أن لايجوز بيع هذا المركّب.

أمّا الحنفيّة، فيجوز عندهم بيعُ المتنجّسات والانتفاعُ بها في غير الأكل، كما سيأتي. ويشمل الأكلُ إطعامَ الحيوانات، كما مرّ عن الهنديّة والقنية. فينبغي أن لايجوز بيعُه أيضاً على هذا القول. ولكن ذكر بعض الفقهاء الحنفيّة في الماء المتنجّس وما عُجن به، أنّه إن لم يتغيّر أوصافُ الماء بملاقاة النّجس، جاز الانتفاع به لسَقي الدّوابّ والبهائم، ولم يُفرّقوا في هذا الحكم بين مأكول اللّحم وغيره.[1] وعلى هذا القول ينبغي أن يجوز بيعُه أيضاً لكونه منتفعاً به. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٣٠ - بيع النّجاسات الأخرى

أمّا النّجاسات الأخرى، مثل عَذِرة الإنسان، فإنّ بيعه لايجوز عند الأئمّة الثلاثة مطلقاً، وقد استثنى منه الحنفيّة ما غلب عليه التّراب.[2] وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّه يجوز الانتفاعُ به في الأرض، فيجوز بيعُه لهذا الغرض. وصحّحه ابنُ نُجيم والزّيلعيّ رحمهما الله تعالى[3]. ولكن ذكر السّرخسيّ رحمه الله تعالى أنّ ظاهرَ المذهب اقتصارُ

---

(١) المحيط البرهانيّ ١: ١١٦ في نسخة دارالكتب العلمية، بيروت، وبدائع الصنائع ١: ٦٦ نسخة ايج ايم سعيد كراتشي كتاب الطهارة، فصل في الطهارة الحقيقية

(٢) ردّالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٥٦٢ و٥٦٣ فقره ٢٣٢١٩

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي، كتاب الكراهية ٦: ٢٦ والبحر الرائق، كتاب الكراهية، فصل في البيع ٨: ٣٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

الجواز على ما إذا كانت العَذِرةُ مخلوطةً بالتراب.(١)

وأمّا الرَّجيعُ والرَّوثُ من الأنعام المأكولِ لحمُها، فذهب الشّافعيّة إلى أنّها لايجوز بيعُها، ولو كان لاستعماله في الزّروع. قال النّوويّ رحمه الله تعالى:

"بيع سرجين البهائم المأكولة وغيرها وذرق الحمام باطل، وثمنه حرام...واحتجّ أصحابنا بحديث ابن عباس السّابق أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: "إنّ الله إذا حرّم على قوم شيئاً حرّم عليهم ثمنه.""(٢)

ثمّ ذكر النّوويّ عن الماورديّ رحمهما الله تعالى أنّ ما تعامل به النّاس من بيعه للزّروع إنما يفعله الجهلة والأرزال.(٣)

أمّا المالكيّة والحنابلة، فروثُ ما يؤكل لحمُه طاهرٌ عندهم، فيجوز بيعُه. أمّا زبْلُ مالا يؤكل لحمه، مثل البغال والحمير والسّباع، فأصلُ المذهب عدمُ جواز بيعه، ولكن استثنى منه بعض المالكيّة حالات الضّرورة.(٤) ولم أجد هذا الاستثناء عند الحنابلة.(٥)

ومذهبُ الحنفيّة أنّه يجوز بيعُ السّرقين والبعر، لأنّه قابلٌ للانتفاع الحلال، وهو

---

(١) المبسوط للسّرخسي ١٣: ٢٣

(٢) أخرجه أبوداود في باب ثمن الخمر والميتة، بلفظ: "وإنّ الله إذا حرّم على قوم أكل شيئ، حرّم عليهم ثمنه."

(٣) المجموع شرح المهذّب، كتاب البيوع، ٩: ٢٣٠ و ٢٣١

(٤) وهو قول أشهب كما ذكره الدّسوقيّ في حاشيته على الشرح الكبير، كتاب البيوع ٣: ١٠

(٥) جاء في كشاف القناع: "(ولا) يصح بيع (سرجين) أي زبل، بكسر السين وفتحها، ويقال: سرقين، (نجس) بخلاف الطّاهر منه، كروث الحمام وبهيمة الأنعام." (كتاب البيوع ٣: ١٤٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

استعماله في سماد الزروع. وحلّة البيع تدور على الانتفاع الحلال. وقد تعامل ببيعه المسلمون في كلّ زمان من غير نكير.

وأمّا حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، فقد قال فيه المارديني رحمه الله تعالى:

قوله: "إذا حرّم أكلَ شيء حرّم ثمنه" خرج على شحوم الميتة التي حرّم أكلُها والانتفاع بشيء منها، وكذا الخمرُ، أي إذا حرّم أكلَ شيء ولم يُبح الانتفاع به حرّم ثمنه، ولم يعْنِ ما أبيح الانتفاع به بدليل إجماعهم على بيع الهرّ، والفهود، والسّباع المتّخذة للصّيد والحُمُر الأهليّة. وقال ابنُ حزم: وممّن أجاز بيع المائع تقع فيه النجاسةُ والانتفاع به: عليٌّ، وابنُ مسعود، وابنُ عمر، وأبو موسى الأشعريُّ، وأبو سعيد الخدريُّ، والقسمُ، وسالمٌ، وعطاءٌ، والليثُ، وأبو حنيفة، وسفيانُ، وإسحقُ وغيرُهم.""(١)

وأمّا الأشياء الطّاهرة التي تنجّست بملاقاة النّجس، والتي يُعبّر عنها الفقهاء بالمتنجّس، فمذهبُ الحنفيّة جوازُ بيعه. جاء في الدّرّ المختار: " ونُجيز بيع الدّهن المتنجّس والانتفاع به في غير الأكل."(٢)

وفرّق المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة في المتنجّسات بين ما يُمكن تطهيرُه وما لا يُمكن تطهيرُه، فجوّزوا بيعَ ما يُمكن تطهيره، مثل الثّوب المتنجّس. ومنعوا بيع ما لا يُمكن تطهيره، مثل الزّيت المتنجّس.(٣) إلاّ أنّ بعض الشّافعيّة قالوا في الدّهن

---

(١) الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى للبيهقي، باب تحريم بيع ما يكون نجسا لا يحلّ أكله، ٦: ١٣ و ١٤

(٢) الدر المختار مع ردّ المحتار، كتاب البيوع ٤: ٦١٩

(٣) مواهب الجليل ٤: ٢٦٣ والمجموع شرح المهذّب، كتاب البيوع ٩: ٢٣٥ وكشاف القناع ٣: ١٤٥ و ١٤٦

www.besturdubooks.wordpress.com

المتنجس إنه يُمكن تطهيرُه بطريق مخصوص، فيجوز بيعُه، وقال بعض المالكيّة إنّه يجوز بيعُه لغير مسلم.(١)

١٣١- بيع أجزاء الآدميّ

وإنَّ أجزاء الآدميّ ليست مالاً عند الحنفيّة، لكون الآدميّ مكرّماً، فلا يصحّ بيعُها لمافيه من الابتذال. ولذلك قال الفقهاء الحنفيّة: لايجوز بيع لبن امرأة في قدح. وذكر ابنُ الهمام أنّه مذهب مالك وأحمد. وقال الشّافعيّ: يجوز بيعُه، لأنّه مشروب طاهر.(٢)

وما ذكره ابن الهمام من مذهب أحمد هو روايةٌ عنه، والقول الآخر للحنابلة مثلُ قول الشّافعيّ. قال شمس الدين ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فأمّا بيع لبنِ الآدميّات، فرُويت الكراهةُ فيه عن أحمد. واختلف أصحابُنا في جوازه، وهو قولُ ابن حامد ومذهب الشّافعيّ. وذهب جماعةٌ من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهبُ أبي حنيفة ومالك، لأنّه مائعٌ خارجٌ من آدميّة، فلم يجُز بيعه. أشبه سائرَ أجزاءه. والأوّل أصحّ، لأنّه طاهرٌ منتفع به، فجاز بيعُه، كلبن الشّاة."(٣)

---

(١) المجموع ومواهب الجليل بالإحالات السّابقة.

(٢) فتح القدير٦: ٦٠ و٦١ باب البيع الفاسد وقال النووي: "بيع لبن الآدميّات جائز عندنا، لاكراهة فيه. هذا هو المذهب، وقطع به الأصحاب إلا الماورديّ والشّاشيّ والرّوياني، فحكوا وجهاً شاذّاً عن أبي القاسم الأنماطيّ من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه، وإنّما يربّى به الصّغير للحاجة. وهذا الوجه غلط من قائله." (المجموع شرح المهذّب، باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز ٩: ٢٥٤)

(٣) الشرح الكبير على المقنع مع المغني ٤: ١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

١٣٢- بنوك الحليب

وبه عُلم حكم بنوك الحليب الّتى اتُّخذت في بعض البلاد الغربيّة، حيثُ تُجمع فيه ألبان النّساء، وتُباع لإرضاع الصّبيان. فأمّا عند الحنفيّة والمالكيّة، فبيعه لايجوز. وأمّا على قول الشّافعيّة والحنابلة ، فالبيعُ جائز، ولكنّ اتّخاذ مثل هذه البنوك وإرضاع الصّبيان منها لايجوز على قولهم أيضاً، لأنّه مثبتٌ للرّضاعة. ولاتُعرف المرأة الّتى رضع الصّبيّ لبنها. وقد صدر بمنعه قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ في دورته الثانية بجدّة، ونصّه:

"أوّلاً: إن بنوك الحليب تجربة قامت بها الأمم الغربيّة، ثمّ ظهرت مع التّجربة بعضُ السّلبيّات الفنّيّة والعمليّة فيها، فانكمشت. وقلّ الاهتمام بها.

ثانياً: إنّ الإسلام يعتبر الرّضاع لُحمةً كلُحمة النّسب، يحرم به ما يحرم من النّسب بإجماع المسلمين. ومن مقاصد الشّريعة الكلّيّة المحافظةُ على النّسب. وبنوك الحليب مؤدّيةٌ إلى الاختلاط أو الرّيبة...قرّر مايلي:

أولاً: منعُ إنشاء بنوك حليب الأمّهات في العالم الإسلاميّ.

ثانياً: حُرمة الرّضاع منها."[(١)]

وكذلك بيعُ شُعور الإنسان[(٢)] أو أعضاءه لقصد زرعها في جسم إنسان آخر لايجوز. وإنّ العلماء المعاصرين اختلفوا في جواز الزّرع، ولكنّ بيع الأعضاء ممنوع بالاتّفاق. وجاء في قرار لمجمع الفقه الإسلاميّ:

---

(١) قرار رقم ٢/٦ الصادر بجدّة من ١٠-١٦ ربيع الأخر ١٤٠٦

(٢) فتح القدير٦: ٦٠ و ٦١ باب البيع الفاسد والمجموع شرح المهذّب، باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز ٩: ٢٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

"لايجوز أن تخضع عمليّات زرع الأعضاء للأغراض التّجارية على الإطلاق."[1]

۱۳۳ - بيع مالايتمحّض لمحظور

أمّا الأشياء الّتى لاتتمحّض لمحظور، بل يمكن استعمالها فى حلال أو حرام، فقد اختلفت أنظار الفقهاء فى حكم بيعها. والّذى تحصّل لى بمراجعة ما ذكره الفقهاء فى هذا الموضوع والتّأمّل فى كلامهم أنّ هذه الأشياء على ثلاثة أقسام:

الأوّل: ماوُضع فى حالتها الموجودة لغرضٍ محظور شرعاً، ويحتاج استعمالها المباحُ إلى تغييرٍ فى حالتها الموجودة، مثل آلات اللّهو.

والثّاني: ما وُضع لغرضٍ مباح، ويحتاج استعمالها فى المحظور إلى تغييرٍ فى حالتها الموجودة، مثل العصير، فإنّ استعماله للإسكار يحتاج إلى اتّخاذه خمراً.

والثّالث: ماوُضع لأغراضٍ عامّة تحتمل الاستعمال المباح و غيرَ المباح فى حالتها الموجودة، وليس وضعُها مختصّاً بنوعٍ من أنواع الاستعمال، بل يتوقّف ذلك على إرادة من يستعمله، مثلُ السّلاح.

ولنبيّن أحكام هذه الأقسام الثّلاثة بشيء من التّفصيل. والله سبحانه هوالموفق.

القسم الأول: ماوضع لمحظور

۱۳٤ - آلات الملاهى

فالقسم الأوّل: ماوُضع لغرضٍ محظور، ومادّته مباحة، فلايُستعمل فى مباحٍ إلا

(۱) قرار رقم ٥٦ (٦/٧) فى دورة المجمع السادسة فى جدة شعبان ۱٤۱۰ هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

بتكلّف، أو إحداث تغيير فيه. وذكر فيه الفقهاءُ آلاتِ الملاهي المحظورة، ويقصدون بها آلات الموسيقيّ الممنوعة في المذاهب الأربعة. فالمختارُ من مذهب الحنابلة أنّها غير متقوّمة شرعاً، فلايصحّ بيعُها.[1] ومعناه أن بيعها باطلٌ لاينعقد عندهم مثل بيع الخنزير. وهوقولٌ في مذهب المالكيّة، فإنّ الحطّاب رحمه الله تعالى نقل عن القرافيّ أنّ المُطربات المحرّمة داخلةٌ في مالامنفعة فيه، فلايصحّ بيعُها وتملّكها. وذكر الحطّاب بعد ذلك عن المتيطية أنّ من اشترى من آلة اللّهو شيئاً، البوق وغيره، فُسخ البيع وأُدّب أهلُه. والظّاهر منه أنّ البيع ينعقد، ولكن يجب فسخُه.[2]

أمّا الحنفيّة والشّافعيّة، فبيعُ هذه الآلات صحيحٌ منعقد عندهم، لأنّه يُمكن استعمالُها في مُباح، ولو بعد تغييرها، ولكن يُكره البيعُ في حالتها الموجودة. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"ويجوز بيعُ آلات الملاهي من البربط والطّبل والمزمار والدّفّ ونحو ذلك عند أبي حنيفة، لكنّه يُكره. وعند أبي يوسف ومحمّد لاينعقد بيع هذه الأشياء، لأنّها آلاتٌ معدّة للتّلهّي بها موضوعةٌ للفسق والفساد، فلاتكون أموالاً، فلا يجوز بيعُها. ولأبي حنيفة رحمه الله أنّه يُمكن الانتفاع بها شرعاً من جهة أخرى بأن تُجعل ظُروفاً لأشياء ونحو ذلك من المصالح، فلاتخرج عن كونها أموالاً."[3]

---

(١) كشاف القناع ٣: ١٤٥

(٢) مواهب الجليل للحطاب، كتاب البيوع، ٤: ٢٦٣ وراجع أيضا تهذيب فروق القرافي للشيخ محمد علي ٣: ٢٤٠ الفرق الخامس والثمانون والمائة

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

والظّاهر أنّ الكراهة الّتي ذكرها الحنفيّة في بيعها قبل فصلها تحريميّة، لما قال ابن الهمام في أوّل شرحه لـ"فصل فيما يكره" من الهداية:

"لمّا كان دون الفاسد، أخّره عنه. وليس المرادُ بكونه دونه في حكم المنع الشّرعي، بل في عدم فساد العقد. وإلّا فهذه الكراهات كلّها تحريميّةٌ لانعلم خلافاً في الإثم."[1]

ومقتضاه أن لا يطيب الثّمن للبائع.

وكذلك نصّ الشّافعيّة على كراهية البيع قبل الفصل. قال الماورديّ رحمه الله تعالى من الشّافعيّة:

"فأمّا الملاهي، كالطّنبور والعود والدّفّ والمزمار، فإن أمكن الانتفاع بها إذا فُصلت جاز بيعُها، وكذلك اللُّعب. لكن يكره بيعُ ذلك قبل تفصيله، لبقاء المعصية فيه. فإن بيع على حاله جاز."[2]

ولكنّ الشّافعيّة ذكروا أنّ الكراهة متى أُطلقت في كلامهم، فالمراد منها الكراهة التّنزيهيّة.[3] والله سبحانه أعلم.

---

(١) فتح القدير ٦: ١٠٦

(٢) الحاوي للماوردي ٥: ٣٨٥

(٣) قال البيضاويّ في المنهاج: "المكروه مايُمدح تاركه، ولايُذمّ فاعله." (المنهاج مع نهاية السّول للأسنويّ ١: ٧٩) وقال البجيرمي: "الكراهة متى أطلقت، انصرفت إلى كراهة التّنزيه." (البجيرمي على الخطيب، كتاب الصّيام، مسئلة صوم يوم الشّكّ ٣: ٣٣٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

١٣٥ـ الأصنام والصُّور المجسّدة واللُّعب

ويدخل في هذا القسم بيعُ الأصنام والصّوَرِ المجسّدة، إلاّ إذا كُسرت، وأمكن الانتفاع برَضاضها، فيجوز بيعُها.والأُصل فيه حديث جابربن عبدالله رضي الله تعالى عنه أنّه سمع رسولَ الله صلّى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكّة:

"إنّ الله ورسولَه حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام."[١]

وقد استثنى منها أبويوسف رحمه الله تعالى اللُّعبَ التي تلعب بها البنات. وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "ونسبته إلى أبي يوسف لا تدلّ على أنّ الإمام (يعني الإمام أبا حنيفة) يُخالفه، لاحتمال أن لايكون له في المسألة قول، فافهم."[٢]

والأصلُ في هذاالباب ما رُويَ أنّ عائشة رضي الله عنها كانت لها لُعب بناتٍ تلعب بها.[٣] فذهب جماعةٌ من العلماء إلى جواز اللُّعب المصوَّرة للصبْيان، وجواز بيعها وشراءها على أساس هذا الحديث. وبه جزم القاضي عياض وأبويوسف رحمهما الله تعالى. وحمله بعض المالكيّة، مثل ابن بطّال رحمه الله تعالى، على أنّه كان قبل منع الصُّور، فهو منسوخ. وأوّله المنذريُ والحليميُ بأنّها لم تكن مصوَّرة، فيحتمل أن تكون قطعاتٍ من الثّياب قُطِعت بما ظهر فيها الأيدي والأرجُل، دون الوجه. وحمله

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام،رقم ٢٢٣٦، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة،باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، رقم ٤٠١٩ وهذااللفظ له.

(٢) ردالمحتار ١٥: ٤١٤ فقره ٢٤٨٧٧ وليتبه أن النسخ الأخرى قد سقط فيها لفظ "لا" في "أن لايكون له في المسألة قول."

(٣) انظرصحيح البخاري، كتاب الأدب،باب الانبساط إلى الناس،رقم الحديث ٦١٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الخطابيّ على أنّ الجواز لغير البالغين على أساس أنّهم غير مكلّفين.[١]

ثمّ الظاهر أنّ مَن أجاز هذه اللُّعب للبنات فإنّما أجاز اللُّعب الصّغيرة الّتى لاتُشابه الأصنام. أمّا اللُّعب الكبيرة الّتي شاعت في عصرنا، فهى مشابهةٌ للأصنام تماماً، وغالب ظنّيْ أنّه لو رآها المجيزون لحكَموا بمنعها. والله سبحانه أعلم.

١٣٦- الصّور غيرُ المجسّدة

أمّا الصُّور غيرُ المجسّدة، وهي الّتى تُرسَم على قرطاس أوثوب، فأجازها بعض المالكيّة،[٢] فقياسُ قولهم أن يجوزَ بيعُها عندهم مطلقاً. أمّا الجمهور، فلا فرقَ عندهم بين المجسّدة وغير المجسّدة في عدم الجواز. فبيعُ الصّور غيرِ المجسّدة ممنوعٌ فى مذهب الجمهور، ويدلُّ على ذلك أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم حرّمَ بيع الأصنام، ولفظ "الصّنم" شاملٌ فى اللّغة للصُّور الّتى ليس لها جثّة، بخلاف الوثن، فإنّه خاصٌّ بما له جثّة، كما ذكره الحافظ ابن حجر رحمه الله عن بعض أهل اللّغة.[٣]

وإن كان الثّوبُ أو القرطاسُ يُنتفع به بعد محْو الصّورة، فحكمُه ما ذكرناه فى آلات الملاهى من انعقاد البيع مع الكراهة عند الحنفيّة والشافعيّة.

ولكنّ هذه الكراهة فيما إذا كان القرطاسُ أو الثّوبُ متمحّضاً للصُّورة . أمّا إذا كان المبيعُ شيئاً آخر من المباحات، وهو مشتملٌ على صُور، فتدخُل فى البيع تبعاً، فيجوز

---

(١) هذاملخص مافى فتح البارى ١٠: ٥٢٧

(٢) التاج الإكليل للمواق بهامش مواهب الجليل ٤: ٤

(٣) فتح البارى ٤: ٤٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com

بيعُها. وهذا مثلُ الجرائد والصحف والكتب التي يُقصد منها مضمونُها المباح، ولكنَّها ربَّما تشتمل على صور ممنوعة. وكذلك ما عمَّت به البلوى من أنَّ العُلَب التي تُعبأ بها الأشياء المباحة، يشتمل أكثرها على صور، فلا يُمنع من بيعها إذا كان المقصود الأشياء المباحة دون الصُّور.»[1]

أمَّا آلات التَّصوير، مثل الكاميرا والتِّلفزيون، فسيأتي حكمُها في القسم الثَّالث إن شاء الله تعالى.

١٣٧ - النردشير والشطرنج

ويدخل في هذا القسم النَّردشير، فبيعُه مكروه تحريماً، وذلك لورود النصِّ الصريح الصحيح في تحريمه. فقد أخرج مسلم في صحيحه عن بريدة رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ صلَّى الله عليه وسلم قال: «من لعب بالنَّردشير فكأنَّما صَبَغ يده في لحم خنزير ودمه.»[2]

ولكنَّ انعقادَ بيعِه محلُّ الخلاف المذكور في بيع آلاتِ الملاهي، فينعقد البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنَّه يُمكنُ الانتفاعُ بمادَّته بعد تغييره. ولا ينعقدُ عند أبي يوسف ومحمَّد[3] وعند الحنابلة وأكثر المالكية كما أسلفنا.

وأمَّا الشَّطرنج، فاللَّعِبُ به ممنوعٌ عند أكثر الفقهاء، فيدخُل في حكم النَّردشير عندهم، ومذهبُ الشَّافعيِّ المعروفُ إباحتُه مع الكراهة. قال الغزاليُّ رحمه الله

---

(١) «التصوير لأحكام التصوير» لوالدي العلامة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى، ص٧٦

(٢) صحيح مسلم، كتاب الشعر، رقم ٢٢٦٠

(٣) بدائع الصنائع ٥: ٣٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

تعالى: "اللّعِبُ بالشّطرنج ليس بحرام، ولكنّه مكروه. وإن قلنا إنّه مباح، أردنا أنّه لاإثمَ فيه،لا لاكراهيةَ فيه، فلا تُردّ به الشّهادة، إلاّ أن يختلط به قمار."[1] وعلى هذا، فيجوز بيعه عندهم، والله سبحانه أعلم.

وأمّا الألعابُ الأخرى المباحة الّتى يُقصد بها رياضةُ الأبدان أوالأذهان، ولاتُلهى الإنسانَ عن واجباته الشّرعية، مثل ألعاب الكُرة، فلامنعَ فيه. وكذلك الألعابُ المنزليّةُ الّتى لايكون الانهماك فيها مثل الانهماك فى الشّطرنج والنّردشير، فالظاهر إباحتها، لأنّ اللّهو الممنوع ما ألهى عن ذكر الله.[2] والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٣٨- القسم الثانى، ماوضع لمباح

أمّا القسم الثّانى، فهو ما وُضع لغرض مباح، ويحتاج استعماله فى المحظور إلى تغيير فى حالته الموجودة، مثلُ العصير، فإنّ استعماله للإسكار يحتاج إلى اتّخاذه خمراً. فبيعُه ممّن يستعمله فى مباحٍ أو ممّن لايُعلم منه أنّه يستعمله فى محظور جائز عند الجميع بدون كراهة. أمّا إذا عُلم أنّه يستعمله فى محظور، فهو محلُّ خلافٍ بين الفقهاء. وقد أشبعنا الكلام فى ذلك فى شرائط العاقد بعنوان: " إن كان أحد العاقدين يقصد بالعقد ارتكاب معصية".

١٣٩- القسم الثالث ماوضع لأغراض عامة

والقسم الثّالث: ما وُضع لأغراضٍ عامّة، ويمكن استعماله فى حالتها الموجودة فى

(١) الوسيط للغزالى، كتاب الشهادات٧: ٣٤٨

(٢) وراجع ماكتبناه فى تكملة فتح الملهم، كتاب الشعر،طبع دارالقلم ٤: ٢٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مباح أو غيره. ففرّق المالكيّةُ بين مامُعظَم منافعه حرام، وبين ما مُعظم منافعه حلال، فقال المازريّ رحمه الله تعالى: "فإن كان جُلّ المنافع والمقصودُ منها محرّماً، والمحلّلُ منها تبعاً، فواضحٌ إلحاقُه بالقسم الأوّل (أي ماكان جميعُ منافعه محرّمة) ويمكنُ تمثيل ذلك بالزّيت النّجس، فإنّ جُلّ منافعه كالأكل، والادهان، وعمله صابوناً، والإيقادِ في كلّ موضع[1] ممنوعٌ منه على المشهور، وإنّما فيه إيقاده في غير المساجد، وانتفاعُ غير الآدميّ منه، وذلك في حكم التّبع، فامتنع بيعُه."[2]

أمّا الشّافعية والحنابلة، فجوازُ البيع وعدمُه يدور عندهم على طهارة المبيع ونجاسته، فماكان طاهراً، أو أمكن تطهيرُه من هذا القسم الثّالث، جاز بيعُه، بشرط أن لايعلم البائعُ أنّ المشتريَ يستعمله في حرام، وماكان نجساً لايمكن تطهيره، لم يجز بيعُه، كالمائع الّذي تنجّس بما لايمكن تطهيرُه. فلا يجوز بيعُه، وإن جاز الانتفاعُ به في بعض الحالات كالاستصباح في غير المسجد.[3] وقد أسلفنا مذهبهم في ما قصد المشتري بالشّراء استعمالَه في معصية، وعلم البائع ذلك. وراجع لذلك شروط العاقد.

والظّاهرُ من مذهب الحنفيّة أنّهم يُجيزون بيعَ هذا القسم، وإن كان معظمُ منافعه محرّماً، ولذلك أجازوا بيع الدُّهن المتنجّس. قال الحصكفي في الدرالمختار: "

---

(۱) كذا في نسختين مطبوعتين، والمراد من كلّ موضعٍ موضعٌ لا يجوز استعمال الزيت النجس فيه للإيقاد، مثل المساجد.

(۲) مواهب الجليل للحطاب، كتاب البيوع، ٤: ٢٦٤

(۳) راجع المجموع شرح المهذب، ١٠: ٣٦٢ وكشاف القناع ٣: ١٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وتجيز بيعَ الدّهن المتنجّس والانتفاع به في غير الأكل بخلاف الودك."[1] وإنّما حرّموا بيعَ ودك الميتة لأنّه جزءٌ من الميتة، فدخل في القسم الأوّل، ولحديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما:

" إنّ الله حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام. قيل: يارسول الله! أرأيت شحوم الميتة، فإنّه يُطلى بها السُّفن، ويُدّهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ قال: لا، هو حرام."[2]

ولكنّ جواز البيع في هذه الأشياء بمعنى صحّة العقد. أمّا الإثم، فيتأتّى فيه ماذكرناه في شروط العاقد من أنّه إذاكان يقصد به معصية، بائعاً أو مشترياً، فالبيعُ يُكره تحريماً، وذلك إمّا بنيّة في القلب، أو بالتّصريح في العقد أنّ البيع يُقصد به محظور. أمّا إذا خلا العقد من الأمرين، ولا يعلم البائعُ بيقين أنّ المشتري يستعمله في محظور، فلا إثم في بيعه. وإن علم البائعُ أنّه يستعمله في محظور، وكان سبباً قريباً داعياً إلى المعصية، فيُكره له البيع تحريماً، وإن كان سبباً بعيداً لايُكره، مثل بيع الحديد من أهل الحرب أو أهل البغي.

وتبيّن بذلك حكمُ بيع المذياع (الراديو) والمسجّل والحاكي، فإنّ جميع هذه الأشياء وُضعت لأغراض عامّة تحتمل الاستعمال في مباح وغيره. فبيعُها صحيح منعقد، ولا كراهة فيه إن لم يعلم البائعُ أنّ المشتري يقصد منها معصية، وذلك باتّفاق العلماء. وأمّا إذا علم البائعُ بيقين أنّ المشتري يقصد بها معصيةً لاغير، فإنّ بيعه يُكره تحريماً

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين، باب البيع الفاسد، ١٤:٤ ٦١٩

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، رقم ٢٢٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

عند الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة، ولكنه منعقد، خلافاً للحنابلة، حيث لاينعقد البيع عندهم. والظّاهر أنّ هذا هو الحكم في بيع الكامير، فإنّه وُضع لأغراضٍ عامّة، ولا يتمحّض لتصوير مافيه روح، فيمكنُ استخدامه في تصوير مالا روح فيه، وهو جائزٌ بالإجماع. نعم! إذا علم البائع بيقينٍ أنّ المشتريَ يقصده لمحظورٍ لاغير، فيكره بيعه تحريماً.

وهذا على القول بأنّ الصُّور غير المجسّدة، والصّور الفوتو غرافيّة، داخلةٌ في الصُّوَر المنهيّ عنها. أمّا على قول بعض المالكيّة الّذين يجوّزون الصُّوَر الّتي لاظلّ لها، أو على قول بعض علماء عصرنا، مثل العلاّمة محمد بخيت المصري رحمه الله تعالى، الّذين يزعمون أنّ الصُّوَر الفوتو غرافيّة ليست داخلةً في الصُّوَر المنهيّ عنها، فقياسُ قولهم أنّه لا كراهة عندهم أصلاً في بيع الآتها، إلاّ إذا عُلم أنّ المشتريَ يصوّر بها ما لايجوز تصويرُه، مثل تصوير النّساء للأجانب.

وأمّا التّلفزيون، فمن العلماء المعاصرين مَن يقول بأنّ الصُّوَر الّتي تظهر على شاشته داخلةٌ في الصُّوَر المنهيّ عنها، فهو داخلٌ عندهم في القسم الأوّل. وقياسُ قولهم أن يكون بيعُه في حكم آلات الملاهي. وقد فصّلنا القولَ في ذلك. ومنهم من يقول إنّ الصُّوَر الّتي تظهر على شاشته ليست من الصُّوَر الممنوعة، لأنّها لاتستقرّ على شيءٍ، فهي بالعكس أشبهُ منها بالصُّوَر المستقرّة على الثّوب أو القرطاس. وهو القول الرّاجح عندنا، فمن هذه الجهة هو داخلٌ في القسم الثّالث، فبيعُه صحيحٌ منعقد. ولكنّ مُعظم استعمال التّلفزيون في عصرنا في برامج لاتخلو من محظورٍ شرعيّ، وعامّةُ المشترين يشترونه لهذه الأغراض المحظورة من مشاهدة الأفلام والبرامج

www.besturdubooks.wordpress.com

الممنوعة، وإن كان هناك من لايقصد به ذلك. فبما أنّ استعماله في مباح ممكن، فلا نحكم بالكراهة التحريمية في بيعه مطلقاً، إلاّ إذا تعيّن بيعه لمحظور، ولكن نظراً إلى معظم استعماله لايخلو من كراهة تنزيهية. وعلى هذا، فينبغي أن يتحوّط المسلم في اتّخاذ تجارته مهنة له في الحالة الرّاهنة، إلاّ إذا هيّأ الله سبحانه جوّاً يتمحّض أو يكثر فيه استعماله المباح. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٤٠- الشرط الثالث

أن يكون المبيع موجودا

والشّرط الثّالث لصحّة البيع في غير السّلم والاستصناع: أن يكون المبيعُ موجوداً. وهذا شرطٌ لانعقاد البيع، فلا ينعقد بيع المعدوم. والأصلُ في ذلك أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة،[١] وهو بيعُ نتج النّتاج. وكذلك لايجوز ما كان على خطر العدم، بمعنى أنّه يحتمل الوجود والعدم معاً، مثلُ اللّبن في الضّرع، حيث لايتيقّن وجوده، إذقد ينتفخ الضّرع بدون اللّبن.[٢]

١٤١- بيع الثّمار قبل ظهورها

وعلى هذا، لايجوز بيع الثّمار قبل ظهورها، إلاّ بطريق السّلم، لأنّه بيعُ معدوم، ولم يقل بجوازه أحد، وإن جرى به التّعامل. والأصل فيه مارُوِيَ عن جابر بن عبدالله

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبلة، رقم ٢١٤٣

(٢) بدائع الصنائع، ٤: ٣٢٦

www.besturdubooks.wordpress.com

رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع المعاومة. أخرجه مسلم وأبوداود.[1] والمرادمنه بيعُ ما تحمِله شجرةٌ مخصوصةٌ أو أشجارٌ مخصوصةٌ من الثّمر إلى مدّة سنة فأكثر. وإنّما حرُم لكونه بيعَ غرر، لأنّه بيعُ مالم يخلقْه الله تعالى بعدُ. وقد يُسمّى "بيعَ السّنين"، كما في بعض روايات مسلم و أبي داود.

أمّا إذا ظهرالثّمر بحيثُ يمكن الانتفاع به في الأكل، أو في علف الدوابّ، جاز بيعُه بالاتّفاق. وإذا ظهر الثّمر ولكنّه غير منتفَع به، حتىّ في علف الدّوابّ، ففيه خلافُ مشايخ الحنفيّة. فذكر قاضي خان عن عامّة المشايخ أنّه لايجوز بيعُه أيضاً، ولكن صحّح ابنُ الهمام أنّه يجوز، لأنّه مالٌ منتفَعٌ به في ثاني الحال، وإن لم يكن منتفعاً به في الحال.[2] ويبدو أنّه مذهب الأئمّة الثلاثة أيضاً، حيث أجازوا بيع الثّمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً (إذاكان بشرط القطع) ولم يشترطوا كونَه منتفعاًبه.[3]

وإن بيعت جميعُ أثمار الشّجر أو البستان في حين ظهر بعضُها ولم يظهرْ بعضُها، ففيه خلاف. فقال الشّافعيّة والحنابلة إنّه لايجوز البيع إلاّ فيما ظهر. وهوظاهرُ مذهب الحنفيّة، لأنّ مالم يخرجْ معدوم. ولكن أفتى شمسُ الأئمّة الحلواني رحمه الله تعالى بأنّه لو كان الخارجُ أكثر، جاز البيعُ في الجميع، وبه أفتى الإمام الفضلي، بل يظهر من عبارته أنّه لايَشترط كونَ الخارج أكثر، بل يجعل الموجودَ أصلاً في البيع، ومايحدُث بعدذلك تبعاً له. وبه أفتى ابن نُجيم رحمه الله تعالى في فتاواه.[4] وقال ابن الهمام

(١) صحيح مسلم، رقم ٣٩١٣، وسنن أبي داود، رقم ٣٣٧٥

(٢) فتح القدير ٥: ٤٨٩

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٢٠٢

(٤) فتاوى ابن نجيم بهامش الفتاوى الغيائية، ص ١١٣

www.besturdubooks.wordpress.com

بعد ذکر فتوی الفضلی:

"وقد رأیت روایة فی نحو هذا عن محمد رحمه الله تعالی، وهو بیع الورد علی الأشجار، فإنّ الورد متلاحق، ثمّ جوّز البیع فی الکلّ بهذا الطّریق، وهو قول مالك رحمه الله."[1]

وذکر السّرخسيّ رحمه الله تعالی الجواز عن شیخه الإمام الحلوانيّ والإمام الفضليّ، ولکن صحّح ما فی ظاهر المذهب من عدم الجواز إلا فی الموجود، لأنّ المصیر إلی هذه الطّریقة عند تحقّق الضرورة، ولاضرورةَ ههنا، لأنّه یُمکنه أن یبیع الأصول، أویشتريَ الموجود ببعض الثّمن ویؤخّر العقد فی الباقي إلی وقت وجوده، أویشتريَ الموجود بجمیع الثّمن، ویُبیح له الانتفاع بمایحدث منه.[2] ولکن قال ابن عابدین رحمه الله تعالی:

"لکن لایخفی تحقّقُ الضّرورة فی زماننا، ولاسیّما فی مثل دمشق الشّام، کثیرة الأشجار والثّمار، فإنّه لغلبة جهل النّاس لایمکن إلزامُهم بأحد الطّرق المذکورة، وإن أمکن ذلك بالنّسبة إلی بعض أفراد النّاس، لایمْکن بالنّسبة إلی عامّتهم، وفی نزعهم عن عادتهم حرج...ولایخفی أنّ هذا مسوّغٌ للعدول عن ظاهر الرّوایة."[3]

وقال ابنُ قدامة رحمه الله تعالی:

---

(۱) فتح القدیر ٥: ٤٩٢

(۲) المبسوط للسرخسي ۱۲: ۱۹٦

(۳) ردالمحتار ١٤: ۲۱۱ و ۲۱۲ فقره ۲۲٥٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

"وجملة ذلك أنّه إذا باع ثمرةَ شيئٍ من هذه البقول، لم يجز إلاّ بيعُ الموجود منها، وبهذا قال أبوحنيفة والشّافعيّ. وقال مالك: يجوز بيعُ الجميع، لأنّ ذلك يشقّ تمييزُه، فجُعِل مالم يظهرْ تبعاً لما ظهر، كما أنّ مالم يبدُ صلاحُه تبعٌ لما بدا."[1]

وقصرَ المالكيّةُ الجوازَ على مايتلاحق في بطنٍ واحد، أو ما له بطونٌ لاتتميّز، وله نهايةٌ ينتهي إليه. أمّا إذا كان متلاحقاً بصفة مستمرّة، وليس له آخرُ ينتهي إليه، كالموز في بعض الأقطار، فلا يجوز بيعُه إلاّ بضربٍ من الأجل، ولو كثُر الأجل. وقيّده بعضهم بسنة واحدة، وبعضهم بسنتين.[2] والظّاهر أنّ من أجازه من الحنفيّة إنّما قصدَ ما يظهر في بطنٍ واحد. أمّا ما يظهر في بطونٍ مختلفة، فلا. وأمّا ما يتلاحق في أكثر من سنة، فالظّاهر أنّ فيه معنى بيع السّنين، فلا ينبغي القولُ بجوازه، والله سبحانه أعلم.

١٤٢ـ مسألة ترك الثّمار على الأشجار بعد البيع

ثمّ جوازُ بيع الثّمار بعد الظّهور، على اختلافٍ في تفسيره، إذا كان بشرط أن يقطعها البائعُ بعد البيع، فلا خلافَ في جوازه. وأمّا إذا بيعت الثّمارُ بعد الظّهور، وقبل بُدُوِّ صلاحها، ولم يشترط البائعُ أن يقطعها المشتري، ولااشترطَ المشتري أن يتركها على الأشجار، فهذا موضعُ خلاف بين الحنفيّة والأئمّة الثّلاثة الحجازيّين، فقال الحنفيّة: يجوز هذا

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٠٧

(٢) وراجع للتفصيل حاشية الدسوقي على شرح الدردير الكبير ٣: ١٧٧

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع، لأنه لم يشترط فيه مالا يقتضيه العقد. وقال الأئمة الثلاثة: إنه لايجوز، لعموم النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.(١)

وحمل عامة الحنفية حديث النهي عن البيع قبل بدو الصلاح على ما إذا اشترط ترك الثمار على الأشجار. أمّا إذا كان البيع بغير شرط، ثمّ تركه المشتري، فهو جائز عند الحنفية لما أخرج مالك في باب الجائحة في بيع الثمار والزروع عن عمرة بنت عبد الرحمن:

"ابتاع رجلٌ ثمرَ حائطٍ في زمان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فعالجه وقام فيه، حتّى تبيّن له النقصانُ، فسأل ربَّ الحائط أن يضعَ له أو أن يُقيلَه، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أمُّ المشتري إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فذكرتْ ذلك له، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: "تألّى أن لا يفعلَ خيراً."(٢)

ووجه الاستدلال به ظاهر، لأنّ المشتريَ ترك الثمار على الأشجار، فإن كان ذلك بشرط، فهو فاسد بالاتفاق. فالظّاهر أنه تركها بدون شرط. وأجاز رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم هذا البيع، وحضّ البائع على الإحسان بالمشتري. ولو كان البيعُ فاسداً، لما أجازه.

أمّا إذا اشترط المشتري أن يتركها على الأشجار إلى مدّة، فله صورتان: الأولى: أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٠٢

(٢) أخرجه مالك ٢: ٦٢١

www.besturdubooks.wordpress.com

تكون الثمار بدا صلاحُها، والثانية: أن لم يكن بدا صلاحُها.

فإن بدا صلاحُها بمعنى أنّها أمِنَتْ من الآفات قبل النُّضج، جاز هذا الشَّرطُ عند المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، لأنّ النبيَّ صلّى الله عليه وسلّم إنّما "نهى عن بيع الثّمرة حتّى يبدوَ صلاحها"[1]. ومفهومُه أنّه يجوز بعد بدو صلاحها. ولا يجوز هذا الشّرطُ في ظاهر قول الحنفيّة، لأنّ هذا الشّرط يُنافي مقتضى العقد، فيُفسد العقد، غيرَ أنّه رُوِيَ عن الإمام محمّد رحمه الله تعالى أنّه يجوز إذا تناهى عِظَم الثّمرة، وعلّله ابن الهمام رحمه الله تعالى بالاستحسان بالتعامل: "لأنّهم تعارفوا التّعاملَ كذلك فيما تناهى عِظَمه، فهو شرطٌ يقتضيه العقد."[2] وذكرابن الهمام أنّه اختاره الطّحاويّ لعموم البلوى، وذكر في تنوير الأبصار أنّ عليه الفتوى، وإن كان ابنُ عابدين رحمه الله تعالى نقل عن القُهستانيّ عن النّهاية أنّ الفتوى على قولهما.

أمّا إذا اشترط تركَها على الأشجار قبل أن يتناهى عِظَمُها، أو قبلَ أن يبدوَ صلاحُها، فظاهرُ مذهب الأئمّة الأربعة أنّه يُفسد البيع، وذلك لأحاديث النّهي عن بيع الثّمرة قبل أن يبدو صلاحُها، ولأنّه يؤدّي إلى بيع المعدوم. لكن ذكر ابنُ الهُمام أنّ محمداً رحمه الله تعالى إنّما فرّق بين ما تناهى عِظَمُه ومالم يتناه أنّ التّعامل إنّما جرى بشرط التّرك في المتناهي، ولم يجرِ فيمالم يتناهَ عظمه، وإلاّ فهما سواء في كون الشّرط لايقتضيه العقد.[3] وهذا يقتضي أنّه لو جرى العُرف والتّعامل في غير المتناهي، جاز

---

(١) صحيح البخاري: باب ٥٨، حديث ١٤٨٦

(٢) فتح القدير ٥: ٤٩٠

(٣) أنظر فتح القدير ٥: ٤٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أيضاً، لأنّ العُرف الحادثَ معتبرٌ في كون الشّرط جائزاً، كما قال ابن عابدين في مبحث الشّرط الفاسد.[1] وعلى هذا فرّع الإمام التّهانويّ رحمه الله تعالى أنّه إذا جرى العُرف باشتراط التّرك على الأشجار، جاز هذا الشّرطُ للعُرف.[2] وكذلك أفتى شيخنا المفتي رشيد أحمد رحمه الله في فتاواه.[3]

ويُشكل على هذا أنّ البيعَ بشرط القطع جائزٌ بالإجماع، وبدون أيّ بشرطٍ جائزٌ عند الحنفيّة، فلو جاز بشرط التّرك أيضاً على أساس العُرف، لمَا بقيَ محملٌ للحديث الّذي ورد فيه النّهيُ عن بيع الثّمرة حتّى يبدوَ صلاحها، وقد تقرّر أنّ العُرف يصلُح مخصّصاً للنّصّ، ولايصلُح ناسخاً. ويُمكن أن يُجاب عنه بأنّ أحاديثَ النّهي عن بيع الثّمرة قبل بدو صلاحها معلّلةٌ بكونه مفضياً إلى النّزاع، فحيثُ ارتفع احتمالُ النّزاع بسبب العُرف والتعامل، ارتفعت العلّة المانعة.

ويُمكن أيضاً أن يُقال: إنّها محمولةٌ على الإرشاد والتّنزيه، لا على التّحريم. وذلك لمارواه زيدبن ثابت رضي الله تعالى عنه فيما أخرجه البخاريّ، قال:

"كان النّاسُ في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يبتاعون الثّمار، فإذا جدّ النّاسُ وحضر تقاضيهم، قال المبتاع: إنّه أصاب الثّمرَ دُمان، أصابه مُراض، أصابه قُشام: عاهاتٌ يحتجّون بها، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم لمّا كثُرت عنده الخصومة في ذلك: فإمّا لا، فلا تتبايعوا حتّى يبدوَ صلاح الثّمر،

---

(١) ردالمحتار ١٤: ٦٦٩ فقره ٢٣٥٨٠

(٢) إمداد الفتاوى ٣: ٩٦، مسألة ١٢٤

(٣) أحسن الفتاوى ٦: ٤٨٦ و ٤٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

كالمشورة يُشير بها لكثرة خصومتهم."[1]

والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٤٣- بيع محلّ الاستصناع قبل التسليم

ومن أسلَم في شيئٍ، فلا يجوزله أن يبيعه قبل أن يتسلّمه من المسلَم إليه، وكذلك مَن استصنع من آخرَ شيئاً، فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه من الصّانع، لأنّه إمّا معدوم، وإمّا غيرُ مملوكٍ للبائع. وعلى هذا، من اكتتب في شُقّة في عمارة مقترحة وقع تصميمُها ولم تُبنَ بعد، فإنّه في حُكم الاستصناع. فلايجوز للمستصنِع أن يبيعَ هذه الشُّقّة إلي ثالث حتىَ يتسلّمها من الصّانع، لأنّه إن لم يبدأ الصانعُ في البناء، فهو بيعُ معدوم، وإن بدأ الصّانعُ في بنائه، فإنّ الشُّقّة المشتراةَ ليست مملوكةً للمستصنع قبل أن يتسلّمها من الصّانع. ولايجوز بيعُ المعدوم ولا بيعُ مالا يملكه الإنسان. وسيجيئ تفصيلُ الكلام على ذلك في باب الاستصناع إن شاء الله تعالى.

١٤٤- الشّرط الرّابع
أن يكون المبيعُ مملوكاً

ويُشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع. فبيعُ ما لايملكه البائع باطل. والأصلُ في ذلك مارُوِيَ عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه قال:

"سألتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم، فقلت: يأتيني الرّجلُ يسألني من

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ٨٥، حديث ٢١٩٣

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه. قال: لا تبعْ ما ليس عندك."[1]

ورُوي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم:

"ليس على رجل بيعٌ فيما لا يملك."[2]

ولا يُشترط لصحّة البيع أن تكون النّقودُ مملوكةً للمشتري عند العقد، فلو اشترى شيئاً بنقود، وليست في مِلكه عند الشّراء، فالبيعُ صحيحٌ إذا استوفى الشّروط الأخرى، وتجبُ النّقودُ في ذمّة المشتري.[3]

١٤٥- بيع ماهو مباح الأصل

وعلى هذا لا ينعقد بيعُ ماهو مباحُ الأصل، غيرُ مملوكٍ لأحد، مثلُ الكلأ. لأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"المسلمون شركاءُ في ثلاثٍ: في الماء، والكلأ، والنّار."[4]

فإن كان الكلأُ في محلٍّ غيرِ مملوك، فإنّه مباحٌ عامّ، ولا يجوز بيعه لأحد. وكذلك إن نبت الكلأ في أرضٍ مملوكةٍ بدون أن يغرسه، فإنّه لا يجوز له بيعه.[5] وله منعُ النّاس من

---

(١) أخرجه الترمذي، حديث ١٢٣٢، وقال: "هذا حديث حسن" وأخرجه أيضاً النّسائي وغيره.

(٢) أخرجه النسائي في البيوع، بيع ما ليس عند البائع، حديث ٤٦١٣

(٣) راجع المبسوط للسرخسي، كتاب الصرف، باب البيع بالفلوس ١٤: ٢٤

(٤) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في منع الماء، حديث ٣٤٧٧

(٥) ردّالمحتار، كتاب إحياء الموات، فصل في الشرب، ٦: ٤٤٠ وحاشية القليوبي، كتاب إحياء الموات ٣: ٩٦ والمغني لابن قدامة، كتاب البيوع ٤: ٢٠٠ و٢٠١ والبيان والتحصيل لابن رشد، كتاب السداد والأنهار ١٠: ٢٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com

الدخول في مِلكه، ولكن قال الفقهاء: فيقال للمالك: إمّا أن تقطعَ وتدفعَ إليه، وإلاّ تتركه ليأخذَ قدرَ ما يُريد. وهذا إذا لم يجد كلأً في أرض مباحاً قريباً من تلك الأرض المملوكة، كما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى.

أمّا إذا قطع إنسانٌ كلأً من أرض مملوكةٍ أو غير مملوكة، وأحرزه: فقد مَلَكه، ويجوز له أن يبيعَه.

و ما غَرَسه الإنسانُ في أرضه، فهو مملوكٌ له يُباحُ له بيعُه.[1] وكذلك الحكمُ عند بعض المالكيّة فيمن ترك الزّراعة في أرضه، ليَنبُت فيه الكلأ، ويتّخذه مرعىً له. فيجوز له بيعه.[2]

ومعنى كون النّار من المباحات العامّة أنّ من أوقد ناراً في مفازة، فإنّها تكون مشتركةً بينه وبين النّاس أجمعين، فمن أراد أن يستضيئ بضوءها، أو يخيط ثوباً حولها، أو يصطليَ بها، أو يتّخذ منها سراجاً، ليس لصاحبها منعه. فأمّا إذا أوقدها في موضعٍ مملوك، فإنّ له منعَه من الانتفاع بملكه. وإذا أراد أن يأخذ من فتيلة سراجه، أو شيئاً من الجمْر، فله منعه. لأنّ كلاًّ من الفتيلة والجمر مملوكٌ لصاحبه، وليس من المباح العام.[3]

وعلى هذا مَن أضاء أرضاً مملوكةً له بتشغيل الكهرباء، وانتشر ضوءُه إلى خارج ملكه، فلغيره أن ينتفع بذلك الضّوء، كما يجوز أن يستظلَّ بظلِّ جداره، بشرط أن

(١) ردّالمحتار، كتاب إحياء الموات، فصل في الشرب، ٦: ٤٤٠ وحاشية القليوبي، كتاب إحياء الموات ٣: ٩٦

(٢) البيان والتحصيل لابن رشد، كتاب السداد والأنهار ١٠: ٢٤٧

(٣) ردّالمحتار ٦: ٤٤٠ و٤٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

لايدخل في أرضه بدون إذن منه. ولكن لايجوز له أن يستعمل الكهرباء بتوصيلة تُخرج الكهرباء إلى خارج أرضه.

وكذلك لايجوز بيعُ الخطب والحشيش والصُّيود الّتي في البراري، أو الطّيور في الهواء الّتي لم تُصد.[1] وما تفعله بعضُ الحكومات من قصْر حقّ الاصطياد على من عنده رخصةٌ من قِبَلها، و تُعطي هذه الرّخصةَ لقاءَ عوض ماليّ، فإنّه ظلمٌ لايجوز، لأنّ الله سبحانه وتعالى أباح الصّيد لكلّ أحد. فلا يجوز حجْر العامّة منه، وكذلك لاجوازَ لأخذ عوضٍ على منْح رخصة الاصطياد.

١٤٦ - بيع الماء

أمّا الماءُ فهو على أقسام: الأوّل: ماءُ البحار والأنهار الّتي لامِلكَ فيها لأحد. وهو مباحُ الأصل لايجوز بيعُه.

الثّاني: الماء المحرَز بالأواني والأنابيب في عصرنا، وهو مملوكٌ لمحرِزه بالإجماع. فيجوز بيعُه. وهذا الحكمُ للنّوعين لانعرف فيه خلافاً للأئمّة المجتهدين.

الثّالث: ماءُ الأبيار، والحِياض، والعيون، والقَنَوات المملوكة. وفيه خلاف. فقال بعضُ الشّافعيّة إنّه مملوكٌ كالماء المحرَز في الأواني، وهو قولُ يحيى والمؤيّد بالله. وقال الحنفيّة وأكثرُ الشّافعيّة: "إنّه حقٌّ لا مِلكٌ."[2] ومعنى كونه حقّاً، لاملكاً، ماذكره الإمام أبويوسف رحمه الله تعالى أنّ صاحبَ البئر، أو الحوض، أو العين، أو القناة، أحقٌّ به من غيره، ولكن

---

(١) ردّالمحتار، كتاب البيوع ١٤: ٢٢ فقره ٢٢١٨٧

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٥: ٢٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com

يجب بذلُ ما فضَل عن حاجته لشُرب بني آدم، والبهائم، والنَعم، والدّواب، وله أن يمنع السّقي للأرض والزّرع والنّخل."(١)

ولكنّه ذكر أنّ بيع هذا النّوع من الماء للسّقي لايجوز لكونه مجهولَ المقدار. وهذا التّعليلُ يُفيد أنّه إذا ارتفعت الجهالة بطريق من الطّرق، مثل ضبطه بالعدّاد وغيره، ينبغي أن يجوز البيع، لأنّ الإمام أبا يوسف رحمه الله تعالى لم يعلّل عدمَ جواز البيع بأنّه غيرُ مملوكٍ له، وإنّما علّله بأنّه مجهولُ المقدار. وظاهر الرّواية في مذهب الأحناف أنّ بيعَ الشّرب فاسد، وعلّلوه بأنّه من حقوق المبيع، فلا يُفرَد بالبيع، وبأنّه مجهول. ولكن قال شمس الأئمة السّرخسي رحمه الله تعالى:

"وبعضُ المتأخّرين من مشايخنا رحمهم الله أفتى أن يبيعَ الشّرب، وإن لم يكن معه أرضٌ، للعادة الظّاهرة فيه في بعض البُلدان. وهذه عادةٌ معروفةٌ بنسف."(٢)

وقد صرّح الإمام مالك رحمه الله تعالى بجواز بيع الشّرب، سواء أكان بيعاً لحقّ الشّرب، أم للماء الّذي يحصُل بممارسة ذلك الحقّ. جاء في المدوّنة الكبرى:

"قلتُ: أرأيتَ إن بعتُ شِرْبَ يوم، أيجوز ذلك أم لا؟ قال: قال مالك: ذلك جائز. قلتُ: فإن بعتُ حظّي بعتُ أصله من الشّرب، وإنّما لي فيه يومٌ من اثني عشر يوماً، أيجوز في قول مالك؟ قال: نعم. قلتُ: فإن لم أبع أصلَه ولكن

---

(١) كتاب الخراج للإمام أبي يوسف، ص ٩٥

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٣: ١٧١

www.besturdubooks.wordpress.com

جعلت أبيعُ منه السّقيَ، إذا جاء يومي بعتُ ما صار لي من الماء ممّن يسقي به، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم."[١]

وأمّا التّنكات الكبيرة التي يُجمع فيها ماءٌ كثيرٌ في عصرنا، فالظّاهرُ أنه في حكم النّوع الثّاني من الماء المحرَز. وذلك ممّا ذكره الإمام أبويوسف رحمه الله تعالى بقوله: "وإن هيّأ له مصنعةً، فاستقى فيها بأوعيته حتىٰ جمع فيها ماءً كثيراً، ثم باع من ذلك فلا بأس."[٢]

١٤٧- الشّرط الخامس

أن يكون المبيعُ مقدورَ التّسليم

ويجب أن يكون المبيع مقدورَ التّسليم عند العقد، بمعنى أن يكون البائعُ قادراً على تسليمه للمشتري. وهو شرطٌ لانعقاد البيع. والأصلُ في ذلك الأحاديثُ التي ورد فيها النّهيُ عن بيع الغرر، وقد رُويت عن أبي هريرة[٣] وابن عمر[٤] وابن عباس[٥] وغيرهم رضي الله تعالى عنهم.

والغَررُ مفهومٌ عامٌّ يشمل أنواعاً كثيرةً، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف

---

(١) المدونة، كتاب التجارة إلى أرض العدو، فصل في شرب يوم ٣: ٣١٢

(٢) كتاب الخراج للإمام أبي يوسف ص ٩٥

(٣) أخرجه الجماعة إلا البخاري

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٠: ٣٩٣ و ١٠: ٤٧٥) والبيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٠٢ وابن حبان كما في نيل الأوطار ٥: ١٦٥

(٥) أخرجه ابن ماجه مع حاشية السندي ٢: ١٨ (برقم ٢١٩٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

الغرر بعد اتّفاقهم على مضمونها. ولعلّ أجمعَ تعريفٍ للغرر وأوجزَه ماذكره السّرخسيّ رحمه الله تعالى بقوله: "الغررُ مايكونُ مستورَ العاقبة."[1] والمراد من بيع الغرر: البيعُ الّذي عاقبتُه مستورةٌ لايُدرى إلى ما ينتهي إليه. ويقاربُه ما قاله الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "الغررُ هوالخطر الّذي استوى فيه طرفا الوجود والعدم بمنزلة الشّكّ."[2] وما قاله الشّيرازيّ في المهذّب: "الغررُ ما انطوى عنه أمرُه وخَفيَ عليه عاقبتُه."[3] وقال القرافيّ: "أصلُ الغرر هوالّذي لايُدرى: هل يحصُل أم لا؟ كالطّير في الهواء، والسّمك في الماء."[4]

والواقعُ أنّ "الغرر" معنىً عامٌّ يشمل جزئيّاتٍ كثيرة. والّذي يتحصّل من سَبْرِ جزئيّاته أنّ الغررَ لايخلو من أحدالأحوال الثّلاثة الآتية:

الأوّل: أن يكون المعقودُ عليه غيرَ مقدور التّسليم.

والثّاني: أن يشتمل العقدُ على جهالةٍ في المعقود عليه، (مثل المبيع، أو الثّمن أوالأجرة) أو في الأجل المضروب في العقد.

والثّالث: أن يكون فيه معنى تعليق التّمليك على الخطر، كما في القمار.

فالأوّلُ من هذه الحالاتِ ما لا يقدرُ البائعُ على تسليمه عند العقد. وإنّه غررٌ لأنّه لا تُعرف عاقبتُه هل يقدرُ البائع على التّسليم أو لايقدر.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣: ١٩٤

(٢) بدائع الصنائع ٥: ١٦٣

(٣) المهذّب ١: ٢٦٢

(٤) الفروق للقرافي ٣: ٢٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

ولذلك ذكر الفقهاء أنّه لايجوز بيعُ العبد الآبق، فإنّه رغمَ كونه مملوكاً للبائع، لايمكن تسليمه عند العقد. ويدخلُ فيه كلُّ ما فقده البائع من مملوكاته. وقال الكرخيُ رحمه الله تعالى: ينعقد بيعُ الآبق، حتىٰ لوظهر وسلّمه البائعُ إلى المشتري يجوز، ولايحتاجُ إلى تجديد البيع، إلاّ إذا كان القاضي فسخه عند مطالبة المشتري بالتّسليم وعجز البائع. وجوابُ ظاهر الرّواية أنّه لاينفُذ بظهور الآبق، بل يحتاج إلى عقدٍجديدٍ بالإيجاب والقبول، أو بالتّعاطي. وفي حُكمه بيعُ الطّائر الّذي كان في يد البائع وطار: أنّه لاينعقدُ في ظاهر الرّواية، وكذلك بيعُ السّمكة الّتي أخذها ثم ألقاها في حظيرة، بعد أن كان لايمكنُه أخذُها بدون اصطياد. أمّا إذا كان يمكنُه أخذُها بدون اصطياد، بأن كان في حوض صغير، يجوزُ بيعُها، لأنّه مقدورُ التّسليم.

أمّا إذا كان المبيعُ بيدِ غاصب معيّن، فباعه المالكُ إلى غير الغاصب، انعقد البيعُ موقوفاً على التّسليم، لأنّ المغصوبَ في هذه الصّورة مقدورُ التّسليم بقُدرة السّلطان والقاضي، وجماعةِ المسلمين، إلاّ أنّه لم ينفُذ في الحال لقيام يدِ الغاصب صورةً. فإذا سلّم زال المانع، فينفُذ بخلاف الآبق، لأنّه معجوزُ التّسليم على الإطلاق.[١]

وذكر ابنُ قُدامة رحمه الله تعالى أنّ بيعَ العبد الآبق لايصحّ، سواءٌ عَلِم مكانَه أو جهلَه، وكذلك ما في معناه من الجمل الشّارد، والفرس العائر وشبههما، وبهذا قال مالكٌ، والشّافعيّ، وأبوثور، وابنُ المنير وأصحابُ الرّأي. ثمّ ذكر جوازَه عن ابن عمر، وابن سيرين، وشُريح رحمهم الله تعالى، واحتجّ عنهم بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ

---

(١) هذه خلاصة ما في بدائع الصنائع ٤: ٣٤١ و ٣٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الغرر.[1]

١٤٨ـ بيع الدّين ممّن هو عليه

ومن بيوع الغرر أن يبيع دائنٌ دَينه من غير مديونه. فإن كان إلى المديونِ نفسه، فهو جائزٌ بثمنٍ حالٍّ في غير السّلم والرِّبويّات. وذلك مثلَ أن يقولَ الدّائن للمديون: "بعْني هذا الثّوبَ بدَيني الّذي في ذمّتك" أو يقول: "بعتُك دَيني في ذمّتك بثوبك هذا" فهو جائزٌ. وهو الّذي يُسمّيه الفقهاء بيع الدَّين ممّن هو عليه. وهو جائزٌ عند جمهور الفقهاء. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ويجوز بيعُه (أي بيع الدّين) ممّن عليه، لأنّ المانع هو العجزُ عن التّسليم، ولا حاجةَ إلى التّسليم ههنا. ونظيره بيعُ المغصوب أنّه يصحّ من الغاصب، ولا يصحّ من غيره إذا كان الغاصبُ منكِراً، ولا بيّنة للمالك."[2]

وإنّما قلنا "في غير السّلم" لأنّه لا يجوز بيعُ المسلَم فيه من المسلَم إليه قبل أن يقبضه ربُّ السلم، لأنّه بيعٌ قبل القبض، وهو لا يجوز. قد صرّح به الكاساني رحمه الله تعالى.

وقال الشّيرازي رحمه الله تعالى:

"وإن كان الدّينُ غيرَ مستقرّ نظَرْتَ، فإن كان مُسْلَماً فيه، لم يجز بيعُه، لما رُوي أنّ ابن عباس رضي الله عنهما سُئل عن رجلٍ أسلف في حُلَلٍ دِقاق، فلم يجد تلك الحُلل، فقال: آخذ منك مقامَ كلِّ حُلَّة من الدّقاق حُلّتين من الجِلّ،[3] فكرهه ابن عباس رضي الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧١

(٢) بدائع الصنائع، كتاب البيوع، فصل وأما الذي يرجع إلى نفس المعقود عليه ٥: ١٤٨

(٣) الجِلّ بالكسر ضد الدقّ، كما في تاج العروس

www.besturdubooks.wordpress.com

عنهما."(١)

وسيأتي تمام الكلام على ذلك في بحث السَّلم إن شاء الله تعالى.

وأمّا قولنا "في غير الربويّات" فالمقصود منه أنّه إذا كان الدَّينُ وعوضُه ربويّين، يُشترط في بيعه ما يُشترط في مبادلة الرّبويّات بعضِها ببعض، فيُشترط في المتجانسين التّساوي. فإذا اشترى المدينُ دينَه من الدّائن بثمنٍ أكثرَ مؤجّل، فهذا عينُ الرِّبوا، وهو في معنى "أتقضي أم تربي؟" وقد صرّح بحرمته القرآن الكريم.

وكذلك منَع أكثرُ الفقهاء من أن يُعجِّل الدَّينُ المؤجّل مُقابلَ إسقاطِ بعض الدَّين. وهو مذهب الأئمّة الأربعة، وهو مرويٌّ عن عبد الله بن عمر وزيدبن ثابت من الصّحابة رضي الله عنهم، وعن محمد بن سيرين والحسن البصري وابن المسيّب والحكم بن عتيبة والشّعبيَ رحمهم الله تعالى.(٢) وهي مسألة "ضع وتعجّل" وقد أشبعنا الكلام فيها في رسالتنا "البيع بالتقسيط"(٣) والحمد لله تعالى.

هذا إذا بِيعَ الدَّينُ من المدين بثمنٍ حالّ. أمّا بيعُ الدَّين منه بثمنٍ مؤجّل، فلا يجوز، لأنّه يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ الّذي سيأتي حكمُه إن شاء الله تعالى. ولايقال: إنّ الدَّينَ مقبوضٌ للمديون من قبل، فلا يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ، لأنّ الدَّينَ مادام ديناً في ذمّة المدين، لا يُعتبر عيناً. ولهذا ذكروا أنّ الدَّينَ الّذي لربّ السَّلم على

(١) المهذّب للشيرازي، مع شرحه المجموع، كتاب البيوع ٩: ٢٧٢ ولم أهتد إلى تخريج أثر ابن عباس هذا في كتب الحديث. ولكن سيأتي في بحث السّلم إن شاء الله تعالى حديث مرفوع: "من أسلف في شيئ، فلايصرفه إلى غيره." وسيأتي تمام الكلام عليه هناك إن شاء الله تعالى

(٢) موطأ الإمام مالك ٦٠٦ ومصنف عبد الرزاق ٨: ٧١

(٣) بحوث في قضايا فقهية معاصرة ١: ٢٥

www.besturdubooks.wordpress.com

المسلَم إليه لا يجوزُ أن يكون رأسَ مال السَلَم. كما في تنوير الأبصار مع الدر المختار:

"فإن أسلمَ مائتي درهم في كُرِّ بُرٍّ، مائةٌ ديناً عليه (أي على المسلم إليه) ومائةٌ نقداً، وافترقا على ذلك، فالسَلَمُ في حصّة الدَّين باطل، لأنّه دينٌ بدين."[1]

ولم يُجِزْه أحدٌ من الفقهاء الأربعة. ولكن أجازه العلاّمة ابنُ تيمية وتلميذه ابنُ القيّم رحمهما الله تعالى، وسمّاها ابنُ القيّم رحمه الله تعالى "بيع الواجب بالساقط". قال:

"وأمّا بيعُ الواجب بالساقط، فكما لو أسلم إليه في كُرِّ حنطة بعشرة دراهمَ في ذمّته، فقد وجب عليه دينٌ، وسقط له عليه دينٌ غيرُه. وقد حُكِيَ الإجماعُ على امتناع هذا، ولا إجماعَ فيه. قاله شيخُنا، واختار جوازَه، وهو الصّواب، إذ لا محذورَ فيه."

وصورته: أنّ زيداً استقرض عشرةَ دراهم من عمرو. فقال عمروٌ لزيد: أشتري منك عشرةَ كيلو من القمح سَلَماً بالمائة الّتي هيَ قرضٌ عليك، وتؤدّي عشرةَ كيلو من القمح بعد شهر. فوجب دَينُ عشرة كيلو من القمح على عمرو، وسقط دينُ عشرة دراهم من ذمّته، فصار بيعَ الواجب بالساقط.

وكذلك أجاز ابنُ تيميّة وابنُ القيّم رحمهما الله تعالى ما سمّياه "بيعَ الساقط بالواجب"، كما لو باعه ديناً له في ذمّته بدينٍ آخرَ من غير جنسه، فسقط الدّينُ

---

(١) تنوير الأبصار مع الدر المختار ورد المحتار، باب السلم ٥: ٢٨٦ و ٢٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

المبيعُ، ووجب عوضُه، وهو بيعُ الدَّين ممّن هو في ذمّته.[١]

وصورتُه: أنّ زيداً أسلم عشرة دراهمَ في عشرة كيلو من القمح إلى عمرو يؤدّيها بعد شهر مثلاً، فصار القمحُ ديناً في ذمّة عمرو. وحين حلّ أجلُ القمحِ، قال زيدٌ: أبيعُك عشرة كيلو من القمح الّتي هيَ في ذمّتك بعشرة كيلو من الشّعير تؤدّيها بعد شهر. فسقط عن عمرو دينُ عشرة كيلو من القمح، ووجب عليه دينُ عشرة كيلو من الشّعير.

وسيأتي تمامُ الكلام على ذلك في باب السّلم إن شاء الله تعالى.

١٤٩- بيع الدّين بالدّين

أمّا بيعُ الدّين بالدّين، الّذي يُسمّى "بيعَ الكالئ بالكالئ"، فقد يكون مع المديون نفسِه، وقد يكون مع ثالث. مثالُ الأول: أن يقول شخصٌ لآخر: اشتريتُ منك طنّاً من القمح تُسلّمها لي بعد شهر بألفي ربية أدفعُها لك بعد شهرين مثلاً. وهذا ما سمّاه الفقهاء "ابتداءَ الدّين بالدّين".[٢] فالقمحُ دينٌ في ذمّة البائع، وألفاروبية دينٌ في ذمّة المشتري، وكلُّ واحدٍ منهما يُريد أن يُنشئ ديناً على الآخر بالمعاوضة بينهما. ومثل أن يبيع زيدٌ طنّاً من القمح سلماً، فإذا حلّ الأجل، عجز عن التّسليم، فيقولُ له: بعني القمحَ الّذي هو في ذمّتي بثلاثة آلاف روبية أؤدّيها إليك بعد شهر. وهذا ما عبّر عنه بعض الفقهاء بـ "فسخ الدّين

---

(١) إعلام الموقعين، بحث الحوالة، ١: ٣٣١ ولينظر أنّ إطلاق الجواز على بيع الساقط بالواجب يمكن أن يؤدّي إلى التحيّل على الرّبوا، بأن المدين حينما عجز عن الأداء في موعده باعه الدائن ذلك الدّين بشيئ مؤجل من خلاف جنسه بقيمة أزيد، وبذلك ربح من خلال تأجيل الدّين.

(٢) الشرح الكبير للدّردير ٣: ١٥٨ قبيل فصل في المرابحة.

www.besturdubooks.wordpress.com

في الدَّين"، لأنّ مقصودَ العاقدين فسخُ مافي ذمّة المدين من الدَين الأول بالتزام المدين الدَينَ الثاني بدله.[1]

ومثالُ الثاني، يعني بيع الدَين من غير المدين: أن يكون لزيدٍ طَنٌّ من القمح على عمروٍ سَلَمًا، فيقول زيدٌ لخالد: بعتُ منك دَيني الّذي هو في ذمّة عمرو بخمسة آلافٍ تدفعُها لي بعد شهر.

وقد اتّفق جمهورُ الفقهاء على كون مثل هذه البيوع ممنوعةً شرعاً، واستندوا في ذلك بالحديث المعروف أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ. وهذا الحديث أخرجه الحاكم، والطّحاويّ، والدّارقطنيّ، والبيهقيّ، وعبدالرزّاق، وابنُ أبي شيبة، والبزّار عن عبدالله بن عمر ورافع بن خديج رضي الله تعالى عنهما.[2] واعتُرض عليه بأنّ إسنادهما ضعيف، لأنّ في كليهما موسى بن عبيدة الّذي قال فيه أحمدبن حنبل رحمه الله تعالى: "لاتحِلّ الرّوايةُ عنه." ولكنّه مؤيّد بما أخرجه عبدالرزّاق في مصنّفه من طريق إبراهيم بن أبي يحيى الأسلميّ الّذي أكثر عنه الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى، ووثّقه ابن عُقدة وابنُ عديّ وغيرهما، وإن كان الأكثرون ضعّفوه.

ثمّ هذاالحديثُ متلقّى بالقبول من جمهور علماء الأمّة بما يجبُر ضعفَه. ورُوي عن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى أنّه قال: "ليس في هذا حديثٌ يصحّ، لكنّ الإجماعَ

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المستدرك للحاكم ٢: ٦٥ رقم ٢٣٤٢ وسنن الدارقطني ٣: ٧١ رقم ٢٦٩ وسنن البيهقي ٥: ٢٩٠ ومصنف عبد الرزاق ٨: ٩٠ رقم ١٤٤٤ ومصنف ابن أبي شيبة ٦: ٥٩٨ رقم ٢١٦٩ وشرح معاني الآثار للطحاوي ٤: ٢١ وكشف الأستار ٢: ٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

على أنّه لايجوز بيعُ دينٍ بدين."[1] والحقّ أن الإجماع على منع بيع الدَّين بالدَّين إنّما وقع على بعض صُوره، مثل عقد السّلم برأس مالٍ مؤجّل إلى ما فوق ثلاثة أيام، أو استبدالِ المسلَم فيه بثمنٍ أكثر من رأس مال السّلم.

وقد أجاز المالكيّةُ بعض صُوَر لبيع الدَّين بالدين. فمثلاً أجاز معظمُ المالكيّة تأجيلَ رأس المال في السّلم إلى ثلاثة أيام بالشّرط.[2] وكذلك إذا باع الدّائنُ دينَه على المديون من ثالثٍ بشيئٍ معيّنٍ يتأخّر قبضُه أو بمنافعِ ذاتٍ معينة، كما لو كان لزيدٍ على عمروٍ دين، فيبيعُه من خالدٍ بسيّارةٍ معيّنة يُسلّمُها خالدٌ إليه بعد شهرٍ مثلاً، أو بمنافع السيّارة إلى شهرٍ مثلاً، فهذا جائزٌ عندهم[3] بشروط جواز بيع الدَّين من غير المدين الّتي ستأتي إن شاء الله تعالى.

ولايجوز ذلك عند غيرهم، لأنّهم حرّموا بيعَ الدَّين بالدَّين مطلقاً، ولم يستثنوا منه شيئاً.[4] وقد صرّح الشّافعيّة بعدم جواز الصُّورة الّتي أجازها المالكيّة. قال النّوويّ رحمه الله تعالى: "فأمّا بيعُه (أي الدَّين) لغيره، كمن له على رجلٍ مائةٌ، فاشترى من آخرَ عبداً بتلك المائة، ففي صحّته قولان مشهوران: أصحُّهما: لايصحّ، لعدم القُدرة على التّسليم، والثّاني: يصحّ بشرطِ أن يقبض مشترى الدَّينِ الدَّينَ ممّن هو عليه،

(١) فيض القدير للمناوي، ٦: ٢٣

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير،باب السلم ٣: ١٩٥

(٣) حاشية الدسوقي، كتاب البيوع، ٣: ٦٣ والحقيقة أنّ السيارة إن تعيّنت، لم تبق ديناً، وإنّما هي عين، وإن تأخر قبضها. فالظّاهر أنّه ليس من قبيل بيع الدّين بالدّين، ولكن أدخله المالكيّة في بيع الدّين بالدّين، لأنّ القبض فيه متأخر.

(٤) كشاف القناع للبهوتي باب الربوا ٣: ٢٥٢ وردالمحتار ١٤: ٦٠ فقره ٢٢٢٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وأن يقبض بائعُ الدَّين العوضَ في المجلس. فإن تفرّقا قبل قبض أحدهما بطل العقد."[1]

١٥٠- بيع الدّين من غير المدين

أمّا بيعُ الدَّين من غير المدين الّذي يعبّر عنه الفقهاء ببيع الدَّين من غير مَن هو عليه، فقد وقع فيه اختلافٌ بين فقهاء المذاهب. فقال الحنفيّة والحنابلة والظّاهريّة: إنّ بيعَ الدَّين من غير من عليه الدَّين لايجوز إطلاقاً. قال الإمام محمّد بن حسن الشيبانيّ رحمه الله تعالى: "لاينبغي للرّجل إذاكان له دينٌ أن يبيعه حتىّ يستوفيَه، لأنّه غرر، فلايدرى أيخرُجُ أم لايخرج."[2] وقال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ولاينعقد بيعُ الدَّين من غير مَن عليه الدَّين، لأنّ الدّينَ إمّا أن يكون عبارةً عن مال حُكميٍّ في الذّمّة، وإمّا أن يكون عبارةً عن فعل تمليكِ المال وتسليمه، وكلُّ ذلك غيرُ مقدور التّسليم في حقّ البائع. ولو شُرط التّسليمُ على المديون، لايصحّ أيضاً، لأنّه شرطُ التّسليم على غير البائع، فيكونُ شرطاً فاسداً، فيُفسد البيع."[3]

وقال المرداويّ رحمه الله تعالى في بيان مذهب الحنابلة: "لايجوز بيعُ الدَّين المستقرّ لغير من هو في ذمّته، وهو الصّحيح من المذهب، وعليه الأصحاب."[4] وقال ابن حزم رحمه الله تعالى: "ولايحلّ بيع دينٍ يكون لإنسانٍ على غيره، لابنقدٍ ولابدين، لابعين، ولا

---

(١) المجموع شرح المهذب، باب مانهى عنه من بيع الغرر وغيره ٩: ٢٧٥ دارالفكر

(٢) الموطأ للإمام محمد، باب الرجل يكون له العطايا أو الدين على الرجل فيبيعه، ص ٢٦٦

(٣) بدائع الصنائع ٥: ١٤٨

(٤) الإنصاف للمرداوي، ٥: ١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بعرض، كان ببيّنة، أو مقرّاً به، أولم يكن...برهانُ ذلك أنّه بيعُ مجهولٍ، ومالايدري عينُه...
ورُوِّينا من طريق وكيع، نازكريا بن أبي زائدة قال: "سُئل الشعبيّ عمّن اشترى صكّاً فيه ثلاثةُ دنانير بشربٍ، قال: لايصلُح. قال وكيع: وحدثنا سفيان عن عبدالله بن أبي السّفر عن الشّعبيّ قال: هو غرر."(١)

أمّا المالكيّة، فالأصلُ عندهم عدمُ جواز بيع الدَّين من غير المدين، ولكنّهم أجازوا ذلك بشروط لخّصها الزُّرقانيّ رحمه الله تعالى بقوله:

"ومُنِع بيعُ دينٍ على حاضرٍ، ولو ببيّنة، إلاّ أن يُقِرّ، والدَّينُ ممّا يُباعُ قبل قبضه، وبيعَ بغير جنسه، وليس ذهباً بفضّة، ولاعكسه، وليس بين مشتريه ومَن عليه عداوة، ولاقصدُ إعناتِه. فلابدّ من هذه الخمسة شروط."(٢)

والحاصل أنّ بيعَ الدَّين من غير المدين يجوز عند المالكيّة بشروط آتية:

الأوّل: أن يكون المدينُ حاضراً، أي في البلد، وإن لم يكن حاضراً في مجلس العقد. فإن كان غائباً، لم يجز، ولو قرُبت غيبتُه.

الثّاني: أن يكون المدينُ مُقِرّاً بالدَّين.

الثّالث: أن يكون الدَّين شيئاً يجوز بيعه قبل قبضه عند المالكيّة. فإن كان الدَّينُ طعاماً، لم يجز بيعه إلى غير المدين، لأنّه لايجوز بيعه قبل قبضه. وبما أنّ المالكية يجوّزون البيعَ قبل القبض في غير الطّعام، فإن كان الدَّينُ غيرَ الطّعام، جاز بيعه

---

(١) المحلى لابن حزم ٩: ٦

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ٣: ٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

عندهم إذا توافرت الشروط الأخرى.

الرابع: أن يُباع الدَّينُ بغير جنسه، فإن كان الدين قطناً، فلا يجوز بيعه بالقطن. وزاد الدسوقيّ أنّه إن كان من جنسه، فلابدّ من التساوي.[1]

الخامس: أن لايُباعَ دينُ الذهب بالفضّة. أو بالعكس، لكونه صرفاً، وانعدم فيه التقابض.

السّادس: أن لايكون بين المدين ومشترى الدَّين عداوة، حتّى لايكونَ في البيع إعناتٌ للمدين بتمكين عدوّه منه. وزاد الدسوقيّ عليها شرطين آتيين:

الثّامن: أن يكون الثّمنُ نقداً، وهو ظاهرٌ لأنَّ المبيعَ إن كان ديناً، ولم يكن الثّمن نقداً، صار بيعَ الدَّين بالدَّين، وقد مرّ امتناعه. ولكن أوضح الدّسوقيّ رحمه الله تعالى معنى كونه "نقداً" بأنّ: "المراد بالنّقد ما ليس مضموناً في الذّمّة، ولاشكّ أنّ المعيّن ومنافعه ليست مضمونةً في الذّمّة، لأنّها لاتقبل المعيّنات، فهي نقدٌ بهذا المعنى، وليس المرادُ بالنّقد المقبوضَ بالفعل."[2]

التّاسع: أن يكون المديونُ ممّن تأخذه الأحكام، ليمكنَ تخليصُ الحقّ منه عند القاضي إذا امتنع عن الأداء.

ثمّ إن كان أصلُ الدَّين موثّقاً برهن أو كفالة، فإنّ الرّهن والكفالة لايدخلان في البيع بمجرّد العقد. وإن اشترطا ذلك في البيع، ففيه تفصيل يُراجع له الحطّاب رحمه الله تعالى.[3]

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٦٣ ولا يتأتى هذا في النقود لما سيأتي أنه يجب أن لايكون صرف.

(٢) الدّسوقي ٣: ٦٣

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤: ٣٦٨ فصل في علة طعام الربوا

www.besturdubooks.wordpress.com

١٥١ - مذهب الشافعيّة فى بيع الدين

أمّا الشّافعيّة، فقد اختلفت عنهم الرّوايات في بيع الدَّين من غير المدين. فعلى بعض الرّوايات لايصحّ إطلاقاً، وفى بعضها يصحّ بشرط أن يقبض مشترى الدَّينِ الدَّينَ ممّن هو عليه، وأن يقبضَ بائعُ الدَّين العوضَ فى المجلس، فإن تفرّقا قبل قبض أحدهما بطل العقد.[1]

وهذا الشّرط يؤول إلى عدم الجواز، لأنّ الدَّين متى قُبض في المجلس لم يبقَ ديناً. ولكنّ كثيراً من علماء الشّافعيّة الذين جوّزوا بيعَ الدَّين من غير المدين، لم يذكروا هذا الشّرط، مثل الشّيرازيّ فى متن المهذّب. و قال الشّربيني الخطيب رحمه الله تعالى:

"وصرّح فى أصل الرّوضة باشتراط قبض العوضين فى المجلس، وهذاهو المعتمد، وإن قال المطّلب: مقتضى كلام الأكثرين يخالفه."[2]

ومنهم من وفّق بين القولَين بأنّ شرطَ القبض في المجلس محلُّه إذاكان الدَّينُ وعوضُه من الأموال الرّبويّة، وإطلاقُ الجواز محلُّه في غير الرّبويّات. ولكن ردّه الشّربينيّ والرمليّ رحمهما الله تعالى بأنّ مَن قيّد الجواز بالقبض جاء بمثال غير ربويّ، وهو العبد.[3] فالظّاهر أنّ عندالشّافعيّة في ذلك ثلاثة أقوال، الأوّل: عدمُ الجواز مطلقاً، والثّاني: الجوازُ مطلقاً، والثّالث: الجوازُ بشرط التّقابض فى المجلس،

---

(١) روضة الطالبين للنووي،٣: ٥١٤ والتهذيب للبغوى ٣: ٤١٧ والمجموع شرح المهذب، كتاب البيوع، باب ما نُهي عنه من بيع الغرر وغيره ٩: ٢٧٥

(٢) مغنى المحتاج ٢: ٧١

(٣) مغنى المحتاج ٢: ٧١ ونهاية المحتاج ٤: ٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنشأ الخلاف في موضوع بيع الدَّين من غير مَن هو عليه أنّ مَن جعل الدَّينَ مستورَ العاقبة من حيثُ إنّه لايُعلم هل يحصُل أم لا، جعل بيعَه من بُيوع الغرر، ومَنعَه بتاتاً، كالحنفيّة والحنابلة والشّافعيّة في أحد قوليهم، ومَن زعمَ أنّ الدَّينَ متى وُثّق بإقرار المدين الحاضر، صار كالمتيقّن حصولُه، فإنّه أجازَه بشروط كالمالكيّة. والظّاهرُ أنّ مذهبَ الجمهور أقوى دليلاً، لأنّ المُقِرَّ بالدَّين لا يُقِرّ إلاّ بشُغل ذمّته بالدَّين، ولايستلزمُ ذلك تيقّنَ أداء الدَّين، فكم من مدينٍ لايُبالي بالأداء، ويُماطل رغمَ اعترافه بالمديونيّة، وكم من مُقرٍّ يرجعُ عن إقراره، فيلجأُ الدائنُ إلى الخصومة، فلا يُمكن القولُ بتيقّن الحصول بمحض إقرار المدين، فصار غرراً.

١٥٢ – الأوراق الماليّة المعاصرة

وقد راج اليومَ بيعُ الأوراق الماليّة في الأسواق. وهي أوراقٌ تُمثّل حقَّ حاملها في تسلُّم مبلغٍ من المال في تاريخٍ لاحق. وإن كان هذا الاصطلاحُ ربّما يُطلق على أسهم الشّركات أيضاً، ولكنّنا سوف نتناولُ حُكمَها إن شاء الله تعالى في الشّرط السّادس لصحّة البيع، وهو كونُه معلوماً. ولذلك المقصودُ هنا الأوراقُ الماليّةُ الّتي تُمثّل ديناً على مُصدِرها لصالح حاملِها. وقد شاع في الأسواق الماليّة أنّ حاملَ هذه الأوراق الّذي هو الدائنُ الأصيلُ تجاهَ مُصدِرها، ربّما يبيع هذه الأوراقَ في السّوق، ليحُلَّ مشتريها محلَّ الحامل الأوّل، ويحِقّ له أن يحصُل على الدَّين المكتوب على الورقة.

وبما أنّه بيعٌ للدَّين من غير مَن هو عليه، فيتّضح حكمُه بما ذكرناه في بيع الدَّين من

www.besturdubooks.wordpress.com

غیر المدین. وإنّ هذه الأوراق علی أنواعٍ کثیرةٍ نذکُر منها أنواعاً:

١٥٣ - الجامکیّة

قد ذکر الفقهاءُ المتأخّرون نوعاً منها تُسمّی "الجامکیّة". وهی عبارةٌ عن ورقة کانت تُصدر من بیت المال، أو من ناظر الوقف، لصالح رجلٍ له حقٌ مالیٌ علی بیت المال أوالوقف. وهی کلمة معرّبةٌ من الکلمة الفارسیّة "جامکی" وهی مأخوذة من "جامه" بمعنی الثّوب، وکانت موضوعةً فی الأصل لأجرةٍ تُدفع إلی من یحفظ الثّیاب، ثمّ أطلِقت علی کلّ أجرةٍ أوراتب.[١] وفسّره فی "المنجد" بمرتّبِ خدّام الدّولة من العسکریّة والملکیّة، وذکر أنّ أصله ترکیٌ، وجمعه جوامك.

وقد أفتی الفقهاء من الحنفیّة والحنابلة بأنّ بیعَ الجامکیّة لایجوز، لکونه بیعَ الدَّین من غیر مَن علیه.[٢] وأجازه الحطّاب من المالکیّة، فقال:

"بخلاف الجامکیّة، فإنّ الملك محصّلٌ فیها لمن حصل له شرطُ الواقف. فلاجَرم صحّ أخذُ العوض بها وعنها"[٣]

ولا یخفی أنّ جوازَ هذا البیع عندهم مشروطٌ بأن یکون بیعُه بخلاف جنسه. وإن کان بجنسه، فلا بدّ من التّساوی، وأن لایکون صَرْفاً لانعدام التّقابض، کما مرّ التّصریحُ بذلك فی عبارة الزرقانیّ والدّسوقیّ رحمهما الله تعالی. وأمّا الشّافعیّة، فبما أنّ

---

(١) لغت نامه ده خدا ١٦: ٩٧

(٢) ردالمحتار، مطلب فی بیع الجامکیة ١٤: ٦٠ فقره ٢٢٢٦٨ وکشاف القناع للبهوتی ٣: ١٥٦ وقد سماه بیع العطاء

(٣) مواهب الجلیل للحطاب ٤: ٢٢٤ طبع ١٣٩٨ فی سیاق تعریف البیع

www.besturdubooks.wordpress.com

الأقوالَ عندهم مختلفةٌ في بيع الدَّين، فالظَّاهر أنَّ بيعَ الجامكيَّة يختلفُ حكمُه حسبَ تلك الأقوال. ولكنَّهم ذكروا جوازَ التَّنازل عنها، وليس ذلك من بيع الدَّين، وإنَّما هو نزولٌ عن الوظيفة بصفةٍ مستقلَّة لقاءَ عوضٍ ماليٍّ. قال الشَّبراملسيّ بعد ماذكر جواز النَّزول عن الوظائف:

"ومن ذلك الجوامكُ المقرَّر فيها، فيجوز لمنْ له شيئٌ من ذلك، وهو مستحِقٌ له، بأن لايكونَ له مايقومُ بكفايته من غير جهة بيت المال النَّزولُ عنه، ويصير الحالُ في تقرير مَن أسقط حقَّه له موكولاً إلى نظرِ مَن له ولايةُ التَّقرير فيه، كالباشا، فيقرِّر مَن رأى المصلحة في تقريره من المفروغ له أو غيره."[1]

وحاصلُه أنه لو كان لرجلٍ عطاءٌ في بيت المال يحصُل عليه كلَّ شهر، جاز له أن ينْزِل عنه في حقِّ غيره للأبد، ويأخذَ عوضاً عن ذلك، ولكنَّ المنْزولَ له لايستحقُّ العطاءَ بمجرَّد نزول الأوَّل، بل مُفادُ نزوله أنَّه تزول مزاحمة النَّازل له في ذلك العطاء. ثمَّ يصير الأمرُ موكولاً إلى من له ولايةُ التَّقرير. وهذا خارجٌ عن مسئلة بيع الدَّين.

١٥٤ – السندات (Bonds)

السَّندات الَّتي تُسمَّى "بوند" نوعٌ من الأوراق الماليَّة الرَّائجة في السُّوق الرأسماليَّة. وهي وثيقةٌ يُصدِرها المديونُ لمقرضه اعترافاً منه بأنَّه استقرض من حاملها مبلغاً معلوماً يلتزم أداءَه في وقتٍ معلومٍ مع زيادةٍ ربويَّة، وإنَّ هذه السَّندات ربَّما تُصدرها الشَّركات المساهمةُ التِّجارية أو الصِّناعيَّة حينما تحتاج إلى اقتراض مبالغَ كبيرةٍ

---

(١) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، آخر مبحث الجعالة، ٥: ٤٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com

لإنجاز مشاريعها، وتَعرضُها على الجمهور. وربّما تُصدرُ هذه السّندات من قِبل الحكومات التي تُريد أن تُموّل عجز ميزانيّتها، فتقترض من الجمهور. وإنّ هذه السندات تُصدر بمبلغ معلوم، مثل مائة ألف، وذلك بطريقين: الأول أنّ السّند يعترف بأنّ مُصدره قد استقرض من حامله مائة ألف، وإنّ الحامل يستحقّ عليها فائدة ربويّة قد تكون متعيّنة عند الإصدار، وقد تكون مرتبطة بسعر الفائدة. ثمّ إنّ الفائدة الربويّة تُدفع إلى حامل السند بصفة دوريّة، وتُسمّي هذه السّندات "سندات ذات كوبون" (Coupon bonds) لأنّ دفعات الفوائد الربويّة كانت في مبدأ الأمر على أساس الكوبونات (الملاحق) للسند. وعند حلول أجل السند يحصل الحامل على قيمة السّند الاسميّة، وهي مائة ألف في المثال المذكور.

والطريق الثاني لإصدار السندات أنّها تُصدر بمبلغ معلوم، مثل مائة ألف، ولكنّها تُباع للمستثمرين بحسمٍ يُمثّل الفائدة الرّبويّة. فسند مائة ألف مثلاً يُباع للمستثمرين بتسعين ألفاً، فمن حصل على هذا السّند بدفع تسعين ألفاً، يستحقّ عند نهاية المدّة مائة ألف، فكأنّه أقرض تسعين ألفاً حالاً، وحصل على مائة ألف مؤجلة. وتُدفع هذه المائةُ ألف مرّة واحدة عند نهاية مدّة السّند. وتُسمّي هذه السّندات "سندات ذات الكوبون الصفري"(Zero coupon bond) لأنّه ليس فيه دفعات دوريّة، بل يستحقّ الحامل القيمة الاسميّة للسّند في نهاية مدّته.

وإنّ هذه السّندات تُباع في السّوق وتُشترى بثمنٍ يتراضى عليه الطّرفان. وهو يبيعه في السُّوق بمائةٍ وخمسة، ليحصُل المشتري على مائة وعشرة عند الأداء.

ولاشكّ أنّ هذه معاملاتٌ ربويّة محرّمةٌ شرعاً. ولكن هل يجوز بيعُ هذه السّندات

www.besturdubooks.wordpress.com

بمثل قيمتها، أي بمائة ألف في المثال المذكور؟

والجواب أنّ شراء السّندات ذات الكوبون الصّفريّ التي تصدر بالحسم لايجوز، ولو بقيمته الاسميّة، لأنّ عشرة آلاف من قيمته تُمثّل الفائدة الربويّة، ومعنى شراءه من حامله أنّ المشتريَ يدفع إليه الفائدة الربويّة نيابةً عن مُصدره.

وأمّا السندات ذات الكوبون، إن اشتُريت بنيّة الحصول على قيمته الاسمية فقط، دون الفوائد، مثل أن يكون رجل قد حصل على مثل هذا السّند الربويّ، ثمّ وفقه الله تعالى للتّوبة، فامتنع عن أخذ الفوائد الدّوريّة، وأراد أن يبيعه إلى رجل متمسّك بالدّين، ليحصل على مبلغ الدّين عند حلول الأجل، دون المطالبة بالفوائد الدوريّة، فيتأتّى فيه مسئلةُ بيع الدّين الّذى مرّ تفصيله، فيجوز عند المالكيّة بالشّروط المذكورة، وكذلك عند بعض الشّافعيّة. أمّا عند الحنفيّة والحنابلة، فلا يجوز ذلك، ولو بمثل قيمتها الإسميّة، لأنّه بيعُ الدّين من غير مَن هو عليه. ولكن يجوز ذلك بطريق الحوالة بجميع شروطها، وذلك بأن يقترض حاملُ السّند من رجلٍ مائةً، ثمّ يُحيلُه على مُصدر السّند. ويتأتّى فيه الخلافُ المعروفُ في مسئلة توى الحوالة. فيجوز للمحتال عند الحنفيّة أن يرجعَ على المحيل إذا تويت الحوالة، ولايجوز ذلك عند الأئمّة الثلاثة.[1]

١٥٥ــ السندات ذات الجوائز (Prize Bond)

وقد تُصدر سنداتٌ للقرض، بدون التزام دفع الفوائد الربويّة إلى كلّ حامل للسّند، ولكن يلتزم المصدر أنّه يوزّع جوائز على حاملي السندات على أساس القُرعة على أرقام السندات بعد كلّ فترة، مثل ثلاثة أشهر، فكلّ رقم فاز في القرعة يُعطى حامله جوائز

(١) راجع المغني لابن قُدامة ٥: ٥٨ وفتح القدير ٦: ٣٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

غالية. وإنّ مثل هذه السندات تصدر عادةً من قبل الحكومة.

وقد زعم بعض المعاصرين جواز مثل هذه الجوائز على أساس أنّ الحكومة لا تشترط إعطاء زيادة لأحد من المقرضين حاملي السند، فانعقد مع كلّ واحد من حَمَلة السند عقد قرض بدون فائدة. ثمّ إنّها تُعطي الجوائز تبرّعاً على أساس القرعة، فلا يلزم منه الرّبوا. ولكنّ هذا الاستدلال غير صحيح:

أمّا أولاً، فلأنّ الحكومة تلتزم بتوزيع الجوائز على حَمَلة السّند، فالزّيادةُ على مبلغ القرض وإن لم تكن مشروطةً لكلّ واحد من المقرضين، فإنّها مشروطةٌ تجاه مجموعة المقرضين، لأنّ الحكومة تلتزم علناً عند إصدار السندات أنّها توزّع هذه الجوائز. وإنّ التّوزيع مفروضٌ عليها بحكم القانون، بحيثُ إن امتنعت من توزيعها، استحقّ كلّ حامل للسند أن يُطالبها بتوزيع الجوائز قانوناً. وقد شرحتُ هذه المسئلة بتفصيل في رسالتي "أحكام الجوائز"[1]

١٥٦ – الكمبيالة (Bill of Exchange)

"الكمبيالة" وثيقةٌ يكتبها المشتري في غالب الأحوال لصالح البائع في بيع مؤجّل، يعترف بها أنّ الثّمن وجب في ذمته، وأنّه يلتزم أداءه في تاريخ آجل. وإنّ حلولَ هذا التاريخ الأجل يُسمّى في الاصطلاح نُضج الكمبيالة (Maturity) وإنّ البائعَ (حاملَ الكمبيالة) ربّما يُريد استعجالَ الحصولِ على مبلغها، فلا ينتظر إلى تاريخ نُضْج الكمبيالة، بل يبيعُها إلى طرفٍ ثالث. والرّائجُ في السّوق الرّأسماليّة أنّ مشتريَ الكمبيالة يشتريها بأقلّ من قيمتها الاسميّة، ويُسمّى هذا البيعُ "حسمَ الكمبيالة" أو

(١) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، للمؤلف ٢: ١٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com

"خصم الكمبيالة" (Discounting) والعادةُ في سُوق الأوراق الماليّة أنّ مقدار الخَصْمِ نسبةٌ من مبلغ الكمبيالة تُحدَّد على أساس مُدّة نُضْجِها، فكلّما كانت مدّةُ النُّضج، أي موعد الأداء، أكثرَ، كان مبلغُ الحسم أكثر، وبالعكس.

وظاهرٌ أنّ خَصْمَ الكمبيالةِ بهذا الطّريق تعامُلٌ ربويٌّ لايجوز بحال. أمّا إذا بيعتِ الكمبيالةُ بقيمتها الاسميّة، فيتأتّى فيه كلُّ ما ذكرنا في حكم بيع الجامكيّة. وسيأتي مزيدُ التّفصيل لحكم الكمبيالة وبدائلها المشروعة في مبحث "خطاب الاعتماد" إن شاء الله تعالى.

قد أنشئت في سوق الرّأسماليّة شركاتٌ تشتري من الشّركات أو البنوك جميعَ ديونها في ذمّة عُملائها، وتتحمّل مخاطرَ التّحصيل، وذلك بأقلَّ من إجماليِّ قيمة الدّيون، وتُسمّى: Factoring companies ونشاطُها كلّه مبنيٌّ على بيع الدّيون وهو ممنوعٌ شرعاً.

وكذلك ما يُسمّى في السّوق الرأسماليّة: forfeiting وهو بيعُ دَينٍ ناشئٍ عن بعضِ تعامُلات الجهة البائعة، مثل أن تبيعَ الشّركةُ رُبعَ ديونها في ذمّة المتعاملينَ معها. والفرقُ بين Factoring و forfeiting هو أنّ في الأوّل تُباع جميعُ الدّيون، وفي الثّاني بعضُها، وبما أنّه بيعٌ للدَّين بأقلَّ من قيمته الاسميّة، فإنّه تعاملٌ ربويٌّ بحت، لاسبيل إلى جوازه.

١٥٧- بيع راتب التقاعد (Pension)

العادةُ في الوظائف الحكوميّة وبعض الشركات أنّ الموظّفين بعد تقاعُدهم من وظيفتهم يستحقّون مبلغاً يُسمّى راتِبَ التقاعد (pension) يُدفع إليهم شهرياً طَوال

www.besturdubooks.wordpress.com

حياتهم . وربّما يُريد الموظّفُ المتقاعد أن يتعجّل مجموعَ المبالغ المتوقّعة في المستقبل، فيبيعُ راتبَ التّقاعد من طرفٍ ثالثٍ بثمنٍ معجّل، ليحُلّ المشتري محلّه في تقاضي الرّاتب الشهريّ من الحكومة، أو الشّركة المؤجرة. ولا يخفى أنّ هذا البيعَ ممنوعٌ شرعاً لاشتماله على الغرر، فإنّه لايُعرَف كم يبقى البائعُ حيًّا ويستحقّ الرّاتب، فالمبيع مجهولُ القدر، ولكونه رباً إذا بيع بنقد، لأنّه مجازفةٌ في بيع نقدٍ بنقد.

وقد تعرض الجهةُ المؤجرة على الموظّف مبلغاً معلوماً يتعجّله، ليتنازلَ عن حقّه في الدُّفعات الشّهريّة، ويُسمّيه العامّة بيعاً، وليس ببيعٍ حقيقة، وإنّما هو مصالحةٌ من الفريقين. فإن اعتبرنا راتبَ التّقاعد تبرّعاً من قِبَل المؤجر، كما هو رأيُ بعض الفقهاء المعاصرين، فهو استبدالُ تبرّعٍ موعود بتبرّعٍ عاجل، فليس فيه محظور.[١]

ولكن هناك رأيٌ آخر للمعاصرين، يميل إليه قلبي، أنّ راتب التّقاعد ليس تبرّعاً، لأنّه من جملة شروط التّوظيف، والموظّف يستحقّ مطالبته قانوناً، وإن وظائف الحكومة بصفة خاصّة لها قانون يفرض راتب التقاعد عموماً. فهو من قبيل الأجرة المؤجّلة. ولو كان تبرعاً، لم يجز للموظّف مطالبته في القضاء.

ويُشكل عليه أنّه إن كان من الأجرة، فإنّه مجهول، لأنّه لايُعرف كم سيحيى الموظّف بعد التّقاعد. وأجيب عنه بأنّ هذه الجهالة لاتُفضي إلى النّزاع، لأنّ القانون ضبطها بضوابط، وأصبح ذلك عُرفاً عامّاً، و لايحدث فيه نزاع. فهذه الجهالة مغتفرة. مثل

---

(١) وبه أفتى الشيخ محمود حسن الكنكوهي رحمه الله تعالى في الفتاوى المحمودية ٤: ١٧٨ وقاسه على بيع العراين، وكذلك أفتى الشيخ رشيد أحمد اللديانوي رحمه الله تعالى في أحسن الفتاوى ٦: ٥٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

أجرة دخول الحمّام وما سيأتي من جواز طعام الموفيه. وعلى هذا، فإن عجّلت الجهةُ المؤجرة مبلغاً معلوماً، فإنّه تغييرٌ للأجرة المؤجّلة بتراضي المتعاقدين.

ويُستأنس لذلك بما أخرجه البخاريّ عن نافع أنّ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم عامل خيبر بشَطْر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فكان يُعطي أزواجه مائة وسق، ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير، فقسم عمرُ خيبرَ فخيّر أزواجَ النّبيّ صلّى الله عليه وسلم أن يُقطع لهنّ من الماء والأرض، أو يُمضي لهنّ، فمنهنّ مَن اختار الأرض، ومنهنّ من اختار الوسق. وكانت عائشة اختارت الأرض.[1]

وكان لأمّهات المؤمنين حقٌّ واجب لهنّ طُولَ حياتهنّ في ثمار خيبر بعد وفاة النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم،[2] كما أنّ راتبَ التّقاعد حقّ واجب للموظّفين طول حياتهم، فصالحت عائشة رضي الله تعالى عنها على الأرض بدل الأوسق السّنويّة، فدلّ على جواز صلح الموظّفين على أخذ شيء مرّة واحدة.

وربّما يُشكل عليه أنّ أمهات المؤمنين صالحن على غير جنس حقّهنّ، فإنّ حقّهنّ كان في أوسق تمر وشعير، وصالحن على الأرض. أمّا في راتب التّقاعد: فإنّه صلحٌ على النّقود بالنّقود. ويُمكن أن يُجاب عنه بأنّ الاستدلال بفعل أمهات المؤمنين في

---

(١) صحيح البخاري- كتاب الحرث والمزارعة، باب إذا لم يشترط السّنين في المزارعة، حديث ٢٣٢٨

(٢) لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تقتسم ورثتي دينارا ولا درهما، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤونة عاملي، فهو صدقة." أخرجه البخاري، باب نفقة القيّم للوقف، حديث ٢٧٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

أنهن صالحن عن حقّ مجهول القدر، لأنّ قدر الأوسق المصروفة إليهنّ طوال حياتهنّ لم يكن معلوما، وكذلك أجرة التقاعد مجهولة القدر. ولا يدخل في "ضع وتعجّل"، لأنّ محلّه إذاكان الدّينُ المؤجّلُ معلوماً، فإنّ الدّين إن كان مجهولاً، لايمكن أن يُقال إنّ الدائن وضعه مقابل التعجيل. والصُّلح عن حقّ مجهول جائز في النّقود أيضاً، مثل ما إذا كان على رجلٍ دينُ نقود، ولايعرف أحد من الدّائن والمدين قدره وأجله، فيجوز أن يتصالحا على قدر بتراضيهما. وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى عن غاية البيان عن شرح الكافي:

"ولوكان لرجل على رجل دراهم لايعرفان وزنها، فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز، لأنّ جهالة المصالح عنه لا تمنع من صحّة الصّلح، وإن صالحه على دراهم، فهو فاسد في القياس، لأنّه يحتمل أن بدل الصّلح أكثر منه، ولكنّي أستحسن أن أجيزه. لأنّ الظّاهر أنّه كان أقلّ ممّا عليه، لأنّ مبنى الصّلح على الحطّ والإغماض، فكان تقديرهما بدل الصّلح بشيئ دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقلّ ممّا عليه، وإن كان قدر ما عليه بنفسه."[1]

ويدلّ على جواز الصلح بحقوق مجهولة حديثُ عليّ رضي الله عنه حين بعثه النّبيّ صلى الله عليه وسلم ليُصلح بين بني خزيمة[2]، وذلك أنّه صلّى الله عليه وسلم بعث أولاً خالدَ بنَ الوليد، فقَتَل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسّجود، فدفع صلّى الله عليه وسلّم

---

(١) ردالمحتار، كتاب الصلح، فصل في دعوى الدين ٥: ٦٣٩

(٢) كذا في المطبوع من فتح القدير ٦: ٣٩. والصّحيح "جذيمة" كما جاء في سيرة ابن هشام ٢: ٤٢٨ وما بعدها، ودلائل النبوة للبيهقي ٥: ١١٣ وما بعدها، وتاريخ الطبري رحمهم الله تعالى ٣: ٦٦ وما بعدها.

www.besturdubooks.wordpress.com

إلى عليَّ مالًا فوداهم حتى ميلغة[1] الكلب. وبقي في يده مالٌ، فقال: هذا لكم ممّا لا تعلمون ولا يعلمُه صلّى الله عليه وسلّم. فبلغ ذلك رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فسُرَّ به." والله سبحانه أعلم.

١٥٨ – بيع الدَّين تبعاً

قد راج في عصرنا أنّ تاجراً من التجّار يبيع متجره بكلّ ماله وماعليه بثمنٍ إجماليٍّ، ويحِقّ للمشتري أن يتسلّم الدّيونَ الآجلةَ في ذمّة العُملاء عند حلول آجالها، وتكونُ له، ولا يردُّها إلى البائع. وهذا يتضمّن بيعَ تلك الدّيون تَبعاً لأعيان المتجر. ومثلُ ذلك يقع عندما يقتسم شركاءُ تجارةٍ واحدة، فتشمل القسمةُ الدّيونَ أيضاً. وقد يكونُ ذلك في مصلحة المتعاقدين، فإنّهما يُريدان أن يفرُغا من البيع أو القسمة مرّة واحدة، دون أن يُتابعا تحصيلَ الدّيون إلى مدّة حلولها الّتي قد تكون طويلةً. فهل يجوز ذلك شرعاً؟

ولاشكَّ أنّ الحاجةَ داعيةٌ إلى ذلك، لاسيّما في المتاجر والشّركات الكبيرة. وخاصّةً في المؤسّسات التّجاريّة الّتي تعملُ كشخصيّة معنويّة، فإنّ الدّائنَ فيها تلك الشّخصيّة المعنويّة، وإنّ الملاّك القُدامى للمؤسّسة لايتمكّنون من تقاضي الدُّيون بأسماءهم الشّخصيّة، كما لايتمكّنون من التّقاضي باسم الشّخصيّة المعنويّة، لأنّها خرجت من أيديهم، بخلاف الملاّك الجُدد، فإنّهم يتمكّنون من ذلك. وبالتّالي، فإنّ الدّيونَ قابلةَ التّحصيل في هذه المؤسّسات الكبيرة ربّما تكون كثيرةً وطويلةَ الآجال، ومتابعتُها من

---

(١) في النّهاية لابن الأثير رحمه الله تعالى: "هي الإناء الذي يلغ فيه الكلب، يعني أعطاهم قيمة كل ما ذهب لهم، حتى قيمة الميلغة."

www.besturdubooks.wordpress.com

قبل الجهة البائعة من الصعوبة بمكان.

وهناك ملاحظ مختلفة لمعالجة هذه القضية أعرضها فيما يلي ليتأمل فيها العلماء المعاصرون، والله سبحانه وتعالى هو الموفق:

١ـ حينما تُباعُ مؤسسة تجارية لها ديونٌ على الآخرين، فالأحسنُ أن يكون الثمنُ النقدُ مقابلَ الأعيان والنقود الحاضرة فقط، بشرط أن يكون الثمنُ أكثرَ من النقود الحاضرة، على أصل مسئلة مُدّ عجوة عند الحنفيّة. ثمّ يبيعُ المشتري إلى البائع عيناً أو أعياناً بثمنٍ يساوي مبلغ الدُّيون، ويُحيله على غُرمائه. فبهذا يحقُّ لمشتري المؤسسة أن يتسلّم الدّيونَ من الغرماء، وتكونُ له، دونَ أن يحتاجَ بائعُ المؤسسة إلى متابعتها. وهذا طريقٌ لاغُبار عليه من الناحية الفقهيّة. وهو مثالُ ماذكره الفقهاء في تخارج الورثة إن كان في التّركة دين. جاء في الفتاوى الهنديّة:

"فإن طلبوا أن يجوز هذا الصُّلح على أن يكون نصيبُها (أي المرأة المتخارجة من الميراث) من الدَّين للوارث، فطريقُ ذلك أن تشتريَ المرأةُ (المصالحة) عينًا من أعيان الوارث بمقدار نصيبها من الدَّين، ثمّ تُحيلُ الوارثَ على غريم الميّت بحصّتها من الدَّين، ثمّ يعقدون عقدَ الصُّلح بينهم، من غير أن يكون ذلك شرطاً في الصُّلح. كذا في الظّهيريّة."[١]

وجاء في متن الهداية:

"وإذا كان في التّركة دينٌ على النّاس، فأدخلوه في الصُّلح على أن يُخرجوا المصالح عنه ويكونَ الدَّين لهم، فالصُّلحُ باطل."

(١) الفتاوى الهنديّة، كتاب الصلح، باب ١٥ ج ٤ ص ٢٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ثم ذكر صاحب الهداية حيلتين للجواز، ثمّ قال:

" والأوجهُ أن يُقرضوا المُصالِحَ مقدارَ نصيبه، ويُصالحوا عمّا وراءَ الدَّين، ويُحيلُهم على استيفاء نصيبه من الغرماء."[1]

ولكن ينبغي أن تطبّق عليه أحكام الحوالة، ومنها عند الحنفيّة الرّجوعُ على المحيل في حالة توى الحوالة.

٢ــ الطّريق الثّاني: أن يقع البيعُ على الأعيان فقط. أمّا الدّيونُ القابلة للتّحصيل، فيهَبُها البائعُ من المشتري، ويُسلّطه على قبضها. وهبةُ الدّين من غير المديون لايجوز عند الحنابلة وعند الشّافعيّة.[2] وذكر فقهاء الحنفيّة مثلَ ذلك، إلاّ أنّهم قالوا: إنّ هبةَ الدّين من غير مَن هو عليه يجوزُ بشرط أن يُسلّطَ الدّائنُ المشتريَ على قبضه، فيصيرُ الموهوبُ له مالكاً لها بعد القبض. جاء في الدّرّالمختار:

" تمليكُ الدّين ممّن ليس عليه الدّينُ باطلٌ إلاّ في ثلاث: حوالة، ووصيّة، وإذا سلّطه أي سلّط المملّك غيرَ المديون على قبضه، أي الدّين، فيصحّ حينئذ."[3]

وإنّ الفقهاء استعملوا هنا كلمة "التّسليط"، دون التّوكيل. والظّاهرُ في الفرق بينهما أنّ الوكالة عقدٌ ثنائيٌّ لايتمّ إلاّ بالإيجاب والقبول من الطّرفين، ويجب أن يتمّا في مجلس

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصلح، فصل في التخارج ٧: ٤١٠

(٢) المغني لابن قدامة، كتاب الهبة ٦: ٢٥٧ والمجموع شرح المهذب، كتاب الهبات ١٥: ٣٧٦

(٣) ردالمحتار، كتاب الهبة ٥: ٧٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد. أمّا التّسليط، فهو التّمكينُ بالإذن، ويمكنُ أن يتمّ من طرفٍ واحدٍ فقط. ولذلك عبّر عنه في جامع الفصولين بالإذن. ونصُّه: "هبةُ الدّين ممّن ليس عليه لم تجز إلاّ إذا وهبه، وأذن له بقبضه."[١] وقال في البحر عن المحيط:

"ولو وهب ديناً له على رجل، وأمره أن يقبضه، فقبَضه، جازت الهبةُ استحساناً؛ فيصير قابضاً للواهب بحكم النّيابة، ثمّ يصيرُ قابضاً لنفسه بحكم الهبة. وإن لم يأذن له بالقبض، لم يجز."[٢]

وقال الرّافعيّ رحمه الله تعالى:

"الظّاهرُ من عباراتهم عدمُ التّوقف على الإذن في المجلس، فإنّهم إنّما شرطوا لصحّة الهبة الإذنَ، ولم يشترطوا أن يكون في المجلس."[٣]

فعلى كلٍّ، إنّما تتمّ الهبةُ بعدما يقبضَ المشتري مبلغَ الدّين من المديون. وذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّ مقتضاه أنّ للواهب عزلَ الموهوب له عن التّسليط قبلَ القبض. ولكن ذكر في الأشباه عن الواقعات الحُساميّة: أنّه يجوز له أن يقبضَ الدّنانيرَ مكانَ الدّراهم، لأنّ الحقَّ صارله، وأنّ مقتضاه عدمُ صحّة الرّجوع عن التّسليط.[٤] وقال الرّافعيّ: "وهو أيضاً مُنافٍ لكونه وكيلاً قابضاً للموكّل، ثمّ لنفسه."[٥]

(١) جامع الفصولين ٢: ٢١٦ فصل ٣٤
(٢) نقله ابن عابدين في ردالمحتار، أول كتاب الهبة ٥: ٦٨٧
(٣) التحرير المختار ٥: ٢٥٠
(٤) الأشباه والنظائر مع شرح الحموي، الفنّ الثالث، أحكام الديون ٣: ١٥٤
(٥) التحرير المختار ٥: ٢٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وهذا على مذهب الحنفية. أما المالكية، فيجوز عندهم هبة الدَّين من غير المدين مطلقاً. قال المواق رحمه الله تعالى:

"من المدونة...ولو كان دينُه على غيرك فوهبه لك، فإن أشهد بذلك، وجمع بينك وبين غريمه، ودفع إليك ذكرالحقّ إن كان عنده، فهو قبض. وإن لم يكن كتب عليك ذكرَ الحقّ وأشهد لك، وأحالك عليه، كان ذلك قبضاً. وكذلك إن أحالك به عليه في غَيْبَته، وأشهد لك وقبضت ذكْرَ الحقّ. كان ذلك قبضاً، لأنّ الدَّين هكذا يُقبَض. ليس هو شيئاً بعينه... وقال ابن شاس: هبةُ الدَّين تصحُّ كما يصحّ رهنُه. ثمّ قبضُه قبضُه في الرّهن، مع إعلام المديان بالهبة."[1]

٣_الملحظ الثالث: أنّ بيعَ الدُّيون في هذه الحالة ليس مقصوداً، وإنّما دخلت في البيع تبعاً، وقد يجوز تبعاً مالا يجوز أصلاً. قال الإمام الكرخيّ رحمه الله تعالى:

"الأصلُ أنّه قد يثبت الشّيئ تبعاً وحكماً، وإن كان يبطُل قصداً. من مسائله... لو باع عبداً، دخل أطرافه في المبيع تبعاً، وكذا هواءُ الدّارفي بيع الدّار، وكذا الشّربُ في بيع الأرض. ولو باع الأطراف قصداً، والهواء، والشّرب، لم يصحّ. ونظائره كثيرة."[2]

ومن أبرز أمثلته ما قدّمناه في مسئلة بيع الثّمار من أنّه إذا بيعت جميعُ أثمار الشّجر أو البُستان حين ظهر بعضُها ولم يظهر بعضُها، فإنّه لايجوز البيعُ إلاّ فيما ظهر في مذهب

---

(١) التاج والإكليل للمواق بهامش الحطّاب، كتاب الوقف والهبة ٦: ٥٢

(٢) أصول الكرخيّ مع تأسيس النظر للدبوسي ص ٦٢ طبع كراتشي

www.besturdubooks.wordpress.com

الشافعية والحنابلة، وفي ظاهر مذهب الحنفية، لأنّ مالم يخرُج معدوم. ولكن أفتى شمس الأئمة الحلوانيّ رحمه الله تعالى بأنّه لو كان الخارج أكثر، جاز البيع في الجميع، وبه أفتى الإمام الفضليّ، بل يظهر من عبارته أنّه لايشترط كون الخارج أكثر، بل يجعل الموجود أصلاً في البيع ومايحدث بعدذلك تبعاً له. وبه أفتى ابنُ نُجيم رحمه الله تعالى في فتاواه.(١) وقال ابنُ الهمام بعدذكر فتوى الفضليّ: "وقد رأيتَ روايةً في نحو هذا عن محمد رحمه الله تعالى، وهو بيع الورد على الأشجار، فإنّ الورد متلاحق، ثمّ جوّز البيع في الكلّ بهذا الطريق. وهو قول مالك رحمه الله."(٢)

فجوّز البيعُ هنا في المعدوم تبعاً للموجود. فإن كان المعدوم يصلُح أن يكون تبعاً للموجود، فما كان في ذمّة المدين المقرّ أولى أن يكون تبعا للمبيع الحاضر عند الحاجة. ولكن يجب على قول الحنفية أن يكون الثمنُ أكثرَ من قيمة المدّبون، قياساً على مسئلة مُدّ عجوة، حتى لايستلزم التّفاضلَ في النّقود بالنّقود.

وربّما يُشكل عليه أن التّابع إنما يلحق بالأصل إذ لم يستلزم الرّبا أو شُبهته. فلو كان ثمنُ الدَّين مساوياً لمبلغ الدّين عند العقد، فلا يُدري قدرُ الدَّين الّذي سوف يُستوفى فعلاً، فلو هلك بعضُ الدَّين، فات التّساوي بين الثّمن ومبلغ الدَّين. ولايجوز المجازفة فيما لايجوز فيه التّفاضل. ولذلك شرط المالكيّة لجواز بيع الدّين أن يكون الثّمنُ من غير جنس الدَّين، وممّا لايُشترط فيه التّقابض. ولذلك لم يُجوّزوا

---

(١) فتاوى ابن نجيم بهامش الفتاوى الغياثية، ص ١٢٣

(٢) فتح القدير ٥: ٤٩٢

www.besturdubooks.wordpress.com

التخارج مما يستلزم بيع النقد بالنقد إلى أجل.[1] نعم! يجوز هذا الوجه إن كان الثمن من غير جنس الدين عند المالكية مما لايشترط فيه التقابض. وصورته أن يُعتبر بيعُ أعيان المتجر بالنقود، وبيعُ ديونه تبعاً بعينٍ من الأعيان.

٤ـ الملحظ الرابع: أن المؤسسات التجارية اليوم تُعتبر شخصيةً معنوية، ونظيرُ بيعها بيعُ العبد وله مال. وقد ثبت عن الرسول الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنه قال:

"من ابتاع عبداً، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع."[2]

وقد أخذ به المالكية على إطلاقه. فقال الإمام مالك رحمه الله تعالى:

"الأمر المجتمع عليه عندنا: أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له، نقداً كان، أوديناً، أوعرضاً، يعلم أو لايعلم، وإن كان للعبد من المال أكثرُ مما اشتُري به، كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً."[3]

ولكنّ هذا مبنيٌّ على مذهبه أن العبد يملك المال، ولو كان من حقّ المولى أن ينتزعه منه. قال الباجيّ رحمه الله تعالى:

"يُريد أن اشتراط المبتاع هذا المال لايُفسد العقد، بأن يكون المالُ المشترطُ عيناً أكثرَ مما اشتُري به من العين، أو يكون ديناً مؤجلا فيُشترى بالدين، أو بالنقد، أو يكون المشترَط من المال مجهولاً عند المتبايعين، أو أحدِهما، لأنّ

---

(١) المدونة الكبرى، كتاب الصلح، رسم من مصالحة المرأة من مورثها من زوجها ٣: ٣٧٨

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن عمر، وهذا لفظ مسلم. رقم ٣٨٧٩

(٣) موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب مال المملوك إذا بيع، مع الاستذكار لابن عبد البر ١٩: ٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

ما اشتُرِطَ من ذلك ليس بعوضٍ في البيع، فيؤثّر فيه الفسادُ بشيءٍ ممّا ذكرناه، لأنّ المبتاعَ لم يشترطه لنفسه، وإنّما اشترطَ بقاءَه على مِلكِ العبد، فليس بعوضٍ في البيع."[1]

وعلى هذا، فإنّ مسئلتنا لا تدخل في بيع العبد وله مال على مذهب المالكيّة، ولكن يُمكن تخريجه على مذهب الحنابلة إذا قصد المشتري شراءَ العبد دون المال، واشترط المال تبعاً. يقول ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"ومعناه أنّه لايقصد بالبيع شراء مال العبد، إنّما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره في يده. فمتى كان كذلك، صحّ اشتراطُه ودخل في البيع به، سواءٌ كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثّمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواءٌ كان مثل الثّمن، او أقلّ، أو أكثر. قال البتّي: إذا باع عبدا بألف درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كان رغبةُ المبتاع في العبد لا في الدراهم، وذلك لأنه دخل في البيع تبعا غير مقصود... فأما إن كان المال مقصودا بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به وأن لا يكون بينه وبين الثّمن ربا."[2]

والظّاهر عند بيع متجر أنّ المقصود بالشّراء هو المتجر ومافيه من الأعيان والمنافع، وليس المقصودُ الدّيونَ. فينطبق عليه هذا الشّرط، ويجوز أن يؤخذ بمذهب الحنابلة في ذلك، فإنّه أيسرُ وأوفى لحاجات التّجار في مثل هذه البيوع. وقد وقع التّصريح

(١) المنتقى للباجيّ، كتاب البيوع، باب ماجاء في مال المملوك ٣: ٣٦٠

(٢) المغني لابن قدامة، باب المصرّاة ٤: ٢٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com

في عبارة ابن قدامة السابقة بأنّ مال العبد إن كان ديناً، فإنّه يدخل في البيع تبعاً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

أمّا على مذهب الحنفيّة والشافعيّة، فإنّ إدخالَ مالِ العبد في بيع العبد يخضع عندهم لجميع شروط البيع، ومنها أن لايلزم منه الرِّبا وبيعُ الدَّين من غير مَن هو عليه.[١] وسيأتي تفصيل الكلام على ذلك في باب الربوا ومسائل مدّ عجوة إن شاء الله تعالى.

١٥٩- الشّرط السادس
أن يكون المبيعُ معلوماً

والشّرط السّادس المتعلّق بالمبيع أن يكونَ متعيّناً معلومًا. وهذا شرطٌ لصحّة البيع، لا لانعقاده. فيفسُد بيعُ المجهول جهالةً مفضيةً إلى المنازعة، لأنّه داخلٌ في بيع الغرر كما قدّمناه في الشّرط الخامس. فإن زالت الجهالةُ في المجلس، عاد البيعُ صحيحاً، والجهالةُ قد تكونُ في جنس المبيع، وقد تكونُ في تعيينه.

١٦٠- الجهالة في جنس المبيع

أمّا الجهالة في الجنس، فمثلُ بيع الحصاة الّذي نهى عنه النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم،[٢] وفسّره ابنُ الأثير بقوله: "قيل: هو أن يقول: بعتُك من السّلع ما تقع عليه حصاتُك إذا رميت."[٣] فالسّلعةُ غيرُ معلومٍ جنسُها، فضلاً عن تعيينها.

---

(١) فتح الباري، كتاب المساقاة، ٥: ٥٠ و ٥١ والاستذكار لابن عبدالبر ١٩: ٣٥ وتكملة فتح الملهم، باب من باع نخلا عليها ثمر ١: ٢٧٥

(٢) عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر. أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، رقم ٣٧٨٣

(٣) جامع الأصول لابن الأثير، ١: ٥٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

١٦١– الجهالة في تعيين المبيع

وأمّا الجهالة في التّعيين، فإنما تمنع صحّة البيع إن كان المبيعُ تتفاوت آحاده، مثل أن يقول البائع: "بعتُك شاةً من هذا القطيع" فإنّ الشّاةَ غيرُ متعيّنة، مع التّفاوت الفاحش بين شاة وشاة، فلا يصحّ البيع. أمّا إذا كان المبيعُ ممّا لاتتفاوت آحاده تفاوتاً مُفضياً إلى النّزاع، فلا يجبُ تعيينُه، مثل أن يقول البائع: "بعتُك قفيزاً من هذه الصُّبرة من الحنطة" جاز البيع.[١] وللمشتري الخيارُ في أخذ أيّ قفيزٍ من الصُّبرة.[٢] ومعنى جواز البيع في هذه الصورة أنّ البيعَ لزم في قفيز واحد، وانتقل ملكُه إلى المشتري لاعلى التّعيين. ويتعيّن المبيعُ المملوكُ بتعيينه، كما هو الحُكم في خيار التّعيين، ولكن لاينتقل ضمانُه إلى المشتري إلاّ بعد تعيينه وقبضه.[٣] فإذا هلك في يد البائع قبل التّعيين، بطل البيع، لهلاك محلّ العقد.

وعند بعض الشافعيّة يُحمل هذا البيعُ على حصّة مُشاعة من الصُّبرة. فإذا علما أنّها عشرةُ آصُع، فالمبيعُ عُشرُها. فلو تلف بعضُها، تلف بقَدْره من المبيع. وعندهم قولٌ آخر، وهو كقول الحنفيّة، أنّ المبيعَ صاعٌ منها، أيُّ صاعٍ كان. فيبقى البيعُ مابقيَ صاعٌ واحد.[٤] يعني: إن هلك من الصُّبرة شيئٌ، يهلِك من مال البائع، ويجبُ عليه أن يُعطيَ المشتريَ صاعاً ممّا بقي. ولو هلك الكلُّ قبل التّسليم فسد البيع، ولا شيئَ على المشتري.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٩ وردالمحتار ١٤: ١٤٦ فقره ٢٢٣٧٥ والمغني لابن قدامة ٤: ٩٣ و٩٤ والدسوقي ٣: ١٧

(٢) الهداية مع فتح القدير ٥: ٤٧٣ و٤٧٤

(٣) وكون المشتري يضمن عند هلاك المبيع بيده في خيار التعيين لكونه مقبوضاً له.

(٤) شرح المحلي على المنهاج مع حاشية القليوبي ٢: ١٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى هذا، ظهر أنَّ المشتريَ لو اشترى كمّيّةً غيرَ معيّنة من مخزنٍ يحتوي على كمّيّة أكثرَ منها ممّا لاتتفاوت آحادُه، صحّ البيعُ، ولكن لايتمّ القبضُ إلاّ بعد التّعيين، ولو أتاحَ البائعُ للمشتري أن يقبضَ على الكمّيّة المشتراة متى شاء.

ثمّ إنّ عدمَ التّعيين في المبيعات المتفاوتة إنّما يُفسد البيع إن لم يكن مقروناً بخيار التّعيين. فإن كان البيعُ شُرط فيه خيارُ التّعيين، مثلَ أن يقول البائع: "بعتُك شاةً من هذه الثّلاثة على أنّ لك الخيارَ في تعيينها خلالَ ثلاثة أيام." جاز البيعُ عند الحنفيّة والمالكيّة، ولصاحب الخيارِ الحقُّ في تعيينه. وسيجيئ تفصيلُ أحكام هذا الخيار في مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

١٦٢ –الجهالة في قدر المبيع

أمّا معرفةُ مقدار المبيع، فشرطٌ لصحّة البيع إن كان البيعُ بمقدار، بأن يقعَ البيعُ كيلاً، أووزناً، أو عدداً. فيجبُ أن يُعرف مقدارُ المبيع. أمّا إذا وقع البيعُ بالإشارة أو بالتّعيين، فلا يجب معرفة المقدار. مثالُ الإشارة أن يقول البائع: "بعتُ منك هذا القطيعَ من الغنم، أوهذه الصُّبرةَ من الطّعام بكذا" ولايُعرَف عددُ الغنم في الأوّل، وكيلُ الطّعام أووزنُه في الثّاني، جازالبيع، وهو ما يُسمّى "البيع مجازفة" ويجوز بشرط أن لايكون مبادلةً بين الرّبويّات، لأنّ المجازفة فيها لاتجوز. وسيجيئ تعيين الربويّات في باب ربا البيع إن شاء الله تعالى.

ومثالُ التّعيين أن يقول البائع: "بعتُ منك أرضيَ الفُلانيّة" ولا يعرف المشتري ذَرْعها، جاز البيع. جاء في الفتاوى البزّازيّة:

"اشترى أرضاً، وذكر حدودها، لا ذَرْعَها طُولاً وعرضاً جاز...وإن لم يذكر

www.besturdubooks.wordpress.com

الحدود ولم يعرفه المشتري جاز البيع إذا لم يقع بينهما تجاحد."[1]

والظاهرُ أنّه فيما إذا كانت الأرضُ معروفةً بأنها للبائع في منطقة معروفة، وإلاّ فالجهالةُ فاحشةٌ تمنع صحّة البيع. وقد ذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّ الجهالةَ الفاحشةَ في قدرِ المبيع مُفسدة. فلو باعه جميعَ ما في هذه القرية، أو هذه الدار، والمشتري لايعلم ما فيها، لايصحّ لفحش الجهالة. أمّا لو باعه جميعَ ما في هذا البيت، أو الصُّندوق، أوالجُوالق، فإنّه يصحّ، لأنّ الجهالة يسيرة. هذا إذا كان المبيعُ يحتاج إلى التّسليم والتّسلُم. أمّا إذا كان لايحتاج إلى ذلك، فإنّه يصحّ بدون معرفة قدرالمبيع، كمن أقرّ أنّ في يده متاعَ فلانٍ غصباً أووديعةً، ثمّ اشتراه من مالكه، جاز وإن لم يعرف مقداره.[2]

١٦٣- البيع على البَرْنامج

وقد ذكر الفقهاءُ بيعاً يُسمّى "البيع على البرنامج". والبرنامج بفتح الباء وكسرالميم، وقيل: بفتحها: معرّبٌ من الكلمة الفارسيّة: "برنامه"، وهو دفترٌ مكتوبٌ فيه أوصافُ ما في العِدل من الثّياب المبيعة، لتُشترى على تلك الصّفة بدون حلّ العِدل. وقد أجازه الفقهاء، بالرّغم من أنّ المبيعَ غيرُ مُشاهَد، وكمّيّةُ الثّياب غير معلومة، وقد عقد الإمام مالك رحمه الله تعالى لذلك باباً في موطأه. وذكر الدّردير رحمه الله تعالى أنّه إنّما أجيز للضّرورة. وقال الدسوقي تحته:

"أي لِمافي حَلّ العِدْل من الحرج والمشقّة على البائع من تلويثه، ومؤنة

---

(١) الفتاوى البزازيّة بهامش الهنديّة ٤: ٣٧٢

(٢) ردالمحتار، كتاب البيوع، ١٤: ١٠٤ فقره ٢٢٣١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

شَدّه، إن لم يرضَه المشتري، فأُقيمت الصِّفةُ مقامَ الرُّؤية."[1]

وقد ذكر الإمام محمّد رحمه الله تعالى جوازَه في سياق جواز البيع مجازفةً، فقال:

"أرأيتم رجلاً انتهى إلى رجلٍ، ومعه عِدْلُ ثياب، فقال صاحبُ العِدل: ماأدري كم فيه ثوباً، وإن فتحتُه فعددتُه، أضرَّ ذلك بعِدل. وقد هلك البرنامج. أما ينبغي أن يجوز بيعُ هذا أبداً حتّى يُفتح ويُعدّ؟ فهذا جائز."[2]

ولكنَّ البيع إنما يلزم عند الجمهور إذا وُجد المبيعُ موافقاً للصّفات المذكورة في البرنامج. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: "ذلك لازمٌ لهم إذا كان المتاعُ موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه. وهذا الأمر الّذي لم يزل عليه النّاس عندنا يُجيزونه بينهم إذا كان المتاعُ موافقاً للبرنامج، ولم يكن مخالفاً له."[3]

فإن وُجد المبيعُ مخالفاً للصّفات المذكورة في البرنامج، فللمشتري الخيارُ بالإجماع، ويُسمّى "خيارالخُلف". أمّا إذا وُجد المبيع موافقاً للصّفات المذكورة، فلا خيارَ للمشتري، ولزمه البيع عند مالك والجمهور. وقياسُ قول الإمام أبي حنيفة في بيع الغائب أن يكون له خيارُ الرُّؤية.

١٦٤ - بيع العُلَب المعبَّأة

وعلى هذا يُخرَّج بيع العُلَب المعبَّأة في عصرنا، فإنّ المبيعَ المقصودَ من البيع غيرُ

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣: ٢٤

(٢) الحجة على أهل المدينة للإمام محمد ٢: ٧٣٠

(٣) موطأ الإمام مالك، البيع على البرنامج، مع أوجز المسالك ١١: ٣١٥ و٣١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مشاهد فيها، وإنّما يشتريها المشتري اعتماداً على ما كُتب عليه، أوعلى ما بيّنه المشتري شفاهاً. وكذلك البضائعُ المعبّأةُ في الكراتين لاتُشاهد عند البيع، ولكن يُعرف نوعُها ووصفُها، إمّا بالإفصاح عنها بالكتابة على الكرتون، وإمّا بكون اسمها أو علامتها التّجاريّة تُنبئ عن هذه الأوصاف. فالظّاهر أنّ حكمه مثلُ البيع على البرنامج. فإن وجد المشتري ما في العُلبة أو الكرتون مخالفاً للصفات مخالفةً جوهريّةً، فله الخيارُ بالإجماع. أمّا إذا وجده موافقاً للصفات، فالبيع لازمٌ عليه عند المالكيّة والحنابلة والشّافعيّة في وجه، وهو قول محمّدبن سيرين، وأيّوب، والعنبريّ، وإسحاق، وأبي ثور. وقياسُ أصل الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يثبت له خيار الرّؤية، وهو وجهٌ عند الشافعيّة أيضاً.[١]

ولكنّ إثبات خيار الرؤية في بيع العُلب المعبّأة، بالرّغم من كون المبيع موافقاً للصفات الّتي اتّفق عليها المتبايعان فيه ضررٌ شديد للبائع، لأنّه لايمكنه بيعُ ذلك الشّيئ إلى آخر بعد فتح العُلبة، وتعبئتُه مرّةً أخرى من الصّعوبة والتّكلفة بمكان، ومثلُ هذا الحرج مرفوعٌ في الشّريعة الغرّاء. وفي مثل هذا أفتى علماءُ مجلّة الأحكام العدليّة بإلغاء خيار الرّؤية في الاستصناع إن أتى الصّانع بالمصنوع موافقاً للصّفات المتّفق عليها.[٢] فالظّاهر أنّ التّعليل الّذي ألجأ فقهاءَ المجلّة إلى نفي خيارالرؤية في الاستصناع ينطبق تماماً على مثل هذا البيع، والله سبحانه أعلم.

---

(١) راجع لهذه المذاهب المغني لابن قدامة، صحة البيع بالصفة ٤: ٨٣

(٢) راجع المادة ٣٩٢ من مجلّة الأحكام العدليّة، وتعليله في مقدمة المجلّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٦٥- بيع المشاع

وكون المبيع مُشاعاً لايُنافي معلوميّته، فيجوز بيعُ حصّةٍ مُشاعةٍ من بناءٍ، أو أرضٍ، أوعروض، بشرط أن لا يستلزم ضرراً على الشّريك الّذي لم يبعْ حصّته. وهذا ممّا اتّفق عليه المذاهبُ الأربعة. قال الحافظ ابنُ تيميّة رحمه الله تعالى: "يجوز بيعُ المشاع باتّفاق المسلمين، كما مضت بذلك سنّةُ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، مثل قوله الّذي في صحيح مسلم: "أيُّمارجلٍ كان له شِرْكٌ في عرْضٍ أوربعة أو حائط، فلايحلّ له أن يبيعه حتى يُؤذِن شريكه "" (١)

وجاء في المادّة ٢١٥ من مجلّة الأحكام العدليّة:

"يصحّ بيع الحصّة المعلومة الشّائعة بدون إذن الشّريك."

وقال العلاّمة خالد الأتاسيّ رحمه الله تعالى في شرحه:

"ثمّ إنّ هذه المادّةَ ليست على إطلاقها، بل يُستثنى منها فصلان: الأوّل: بيعُ أحد الشّريكين حصّته من مالٍ مشتركٍ بينهما بسبب الخلْط. فإنّه من الأجنبيّ لا يجوز إلاّ بإذن الشّريك، وذلك بأن يخْلِط رجلان بفعلهما ماليهما، فيتعذّر تمييزُ أحدهما عن الآخر، كحنطةٍ بحنطة، أوجوزٍ بجوزٍ، أو لوزٍ بلوزٍ، أو يتعسّر كحنطةٍ بشعير، لأنّ كلّ حبّةٍ تكونُ مملوكةً لأحدهما بجميع أجزاءها ليس للآخر منها شيء، فإذا باع نصيبه من غير الشّريك، لا يقدرُ على تسليمه إلاّ مخلوطاً بنصيب الشّريك، فيتوقّف على إذنه، بخلاف

(١) مجموع الفتاوى ٢٩: ٢٣٣

www.besturdubooks.wordpress.com

بيعه من الشّريك للقدرة على التسلّم والتّسليم. ومثله الاختلاط بلا صُنعٍ من أحدهما، بأن انشقّ الكيسان، فاختلط ما فيهما. وهذا بخلاف ما إذا كان الخلْطُ بفعل أحدهما بدون إذن الآخر، فإنّ الخالطَ يملك مالَ الآخر، ويكونُ مضموناً عليه بالمثل للتّعدّي، وبخلاف ما إذا كان الشّركةُ بينهما ابتداءً بأن اشتريا حنطةً، أو ورثاها، فإنّ كلّ حبّة تكونُ مشتركةً بينهما، فبيعُ كلٍّ منهما نصيبَه شائعاً جائز، ولو من الأجنبيّ بلا إذن الشّريك اهـ ملخّصاً من الفتح والبحر والدّرّ المختار وحواشيه."[1]

ولقد توسّع الفقهاءُ في جزئيّات بيع المشاع، حتىّ أنّه عُدّ من مشكلات المسائل. وقد ذكر الأتاسيّ رحمه الله تعالى جمْلةً من هذه الجزئيّات. والمناطُ فيها، كما قال هوبنفسه، حصولُ الضّرر للبائع، أوالمشتري، أوالشّريك، ويظهر ذلك من عباراتهم صراحةً أودلالة. وعليه فما أمِن فيه من الضّرر جاز بيعُه، وإلاّ فلا. وليُراجَع شرحُ المجلّة للتّفصيل.

١٦٦ – بيع قطعة غير معيّنة من الأرض

وقد تُباع قطعةٌ من الأرض مقدّرة بالخطوات أو الأمتار، ولكن يُترك تعيينُها للمستقبل. وهذا يكون عادةً في أرض واسعة تشتريها شركة، ثمّ تبيع قطعاتها لعامّة النّاس تُقدّر بالخطوات أو الأمتار. فمثلاً: كلّ قطعة منها بقدر خمسمائة متر، ولكن لايتعيّن محلّ تلك الخمسمائة عند الشّراء. وإنّما يتعيّن حسب التّصميم الّذي تعمله الشّركة فيما بعد. فالسؤال: هل يصحّ هذا البيع على أنّه بيع حصّة مشاعة من تلك الأرض الواسعة؟ وهل

---

(١) شرح المجلة للعلامة خالد الأتاسي رحمه الله تعالى، ج ٢ ص ١٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

يجوز لمن يشتريها أن يبيعها إلى آخر؟

وتخرّج هذه المسئلة على ما ذكره الفقهاء الحنفيّة من أنّ من باع عشرة أذرع غير معيّنة من دار، فإنّ هذا البيع فاسد عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لجهالة القدر المبيع، فإنّ جوانب الدار مختلفة الجودة، فتقع المنازعة في تعيين المبيع. وقال صاحباه: يجوز ذلك على أساس أنّه بيع لحصّة مُشاعة من الدار، وبيع المشاع جائز. ثمّ فسّر بعضُ الفقهاء قولهما بأنّه يصحّ البيع عندهم على أساس الشّيوع بشرط أن يُعلم مقدارُ جملة الدار. ولكن قال آخرون: قولهما لا يقتصر على تلك الصّورة، بل الصّحيح أنّه يجوز البيع عندهما، وإن لم يكن مقدارُ الكلّ معلوماً، لأنّ هذه جهالةٌ بيدهما إزالتُها.[1]

وعلى هذا، فإنّ بيع قطعة غير معيّنة من جملة القطعات لا يجوز عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويجوز عند صاحبيه. والظّاهرُ أنّه إن كانت جهالة التعيين تُفضي إلى المنازعة، فالأخذ بقول الإمام أبي حنيفة أولى، وإن لم تكن مفضيةً إلى المنازعة، فقول الصّاحبين أولى بالأخذ.

وينبغي أن يكون قول الشّافعيّة مثل قول الصاحبين فيما إذا عُلم مقدار الكلّ. لأنّ عندهم قولاً في بيع ما لا تتفاوت آحاده، مثل الحنطة، أنّه إن اشترى قفيزاً واحداً من الصُّبرة، فإنّ الشّراء يُعتبر لحصّة مُشاعة من الصُّبرة. قال جلال الدّين المحلّيّ رحمه الله تعالى في شرح المنهاج:

---

(١) البحر الرائق، كتاب البيوع، قبيل فصل يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار ٥: ٤٨٧ و ٤٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

"ويصح بيعُ صاعٍ من صُبرة تُعلم صيعانُها للمتعاقدين، وينزل على الإشاعة. فإذا علما أنّها عشرة آصُع، فالمبيعُ عُشرها، فلو تلف بعضُها، تلِف بقدره من المبيع."(١)

ولكن هل تُعتبر قطعات الأرض بمختلف جوانبها ممّا لايتفاوت آحاده، فيه نظر. والظاهر أنّه حينما تُباع قطعةٌ من الأرض في الصّورة المذكورة، فإنّها تُقوّم على أساس محلّ وقوعها، فإنّ القطعة الواقعة على شارع عامّ ثمنُها مختلفٌ عن القطعة الّتي ليست على شارع عامّ، وكذلك القطعةُ الّتي هيَ في أحد طرفي المجمّع قيمتُها أعلى من ثمن القطعة الّتي هيَ في وسطه. فإن تعيّن محلّ وقوعها وثمنُها بهذا الطّريق، فإنّه يُمكن أن تُعتبر ممّا لايتفاوت آحاده، فيجوز هذا البيع على قول الشّافعيّة والصّاحبين. وكذلك ينبغي أن يجوز لمَن اشتراه أن يبيعه إلى آخر على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، لأنّه يُجوّز بيع العقار قبل قبضه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٦٧ – بيع أسهم الشّركات

ومن قبيل بيع المشاع بيعُ أسهم الشّركات المساهمة (Joint Stock Companies). والطّريقُ المتّبع في إنشاء الشّركات المساهمة أنّ المنشئين للشّركة. بعد الحصول على رُخصة من الجهات الرّسميّة المعنيّة، يُصدرون نَشرةً (Prospectus) يذكُرون فيها مقاصدَ الشّركة المقترَحة، ونوع النّشاطات التّجاريّة الّتي يُريدون الدّخول فيها،

(١) شرح المنهاج للمحلّي مع القليوبي وعميرة ٢: ١٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّ هذه النّشرة تدعو النّاس إلى أن يساهموا في إنشاء هذه الشّركة. وذلك بأنّهم يُقسّمون رأس مال الشّركة في أسهم، كلّ واحد منها له قيمة اسميّة بمبلغ معيّن، مثل عشر روبيات. فإذا كان رأس المال المُصدر (Issued Capital) عشرة ملايين مثلاً، فإنّ الشّركة تُصدر مليون سهم. ويحقّ للمساهمين أن يقدّموا طلباً للمساهمة بما يشاؤون من أموال، فإن كانت الطّلبات أكثر من رأس المال المُصدر، فيُعطى كلّ واحد من طالبي المساهمة قدرٌ من الأسهم، إمّا بالاقتراع، وإمّا بالنّسبة والتّناسب. فيكون لبعضهم ألف سهم، ولبعضهم ألفا سهم، وهكذا. وإنّ هذه العمليّة بالنّسبة لطالبي المساهمة تُسمّى "الاكتتاب" (Subscription). ومن قُبل طلبه للاكتتاب يُعطى ورقة تُثبت أنّ حاملها مساهمٌ في هذه الشّركة.[1] وكلّ واحد من حاملي السّهم يُعتبر عضواً في الجمعيّة العموميّة للشّركة الّتي لها السّلطة العليا في اتّخاذ قرارات أساسيّة لإدارة الشّركة وتعيين نشاطاتها، وتعيين مجلس الإدارة وما إلى ذلك.

ثمّ إنّ الشّركة إن كانت رابحةً، فإنّها، بعد وضع حصّة من الأرباح في احتياطيّ، توزّع الأرباح على حملة الأسهم بالنّسبة والتّناسب. وإنّ كلّ حامل للسّهم، له حقّ في أن يبيع سهمه إلى آخر، ليحلّ المشتري محلّه في ملكيّة السّهم، وما يتعلّق بها من حقوق. وإنّ السّوق الّتي تُباع فيها الأسهم وتُشترى تُسمّى "البورصة" (Stock Exchange).

وقد اختلفت آراء المعاصرين في تكييف هذه الأسهم. فذهب بعضهم إلى أنّ هذه الأسهم لاتُمثّل حصّة مشاعة من موجودات الشّركة، وإنّما هي أوراق ماليّة تُمثّل

---

(١) وفي بعض النّظم، لايُعطى المساهم ورقة أو شهادة، وإنّما يُسجّل اسمه في حساب لدى جهة تُسمّى CDC

www.besturdubooks.wordpress.com

ثمنَ الشّركة في وقت تقديرها، ولاتمثّل رأس مال الشّركة عند إنشاءها، فهو بمثابة سندٍ لقيمة موجودات الشّركة.[١] والّذي حملهم على هذا التّكييف أنّ حملةَ الأسهم ليس لهم حقٌّ مباشرٌ في التّصرف في موجودات الشّركة، ولاحقُّ الخروج عنها إلاّ ببيع الأسهم في السّوق. وبما أنّها، على هذا القول، تمثّل نقوداً، وليست حصةً مُشاعةً في موجودات الشّركة، تنطبق عليها أحكامُ بيع النّقود.

ولكنّ معظم العلماء المعاصرين اعتبروا السّهم ممثّلاً لحصّة شائعة في موجودات الشّركة. وهو الرّاجح، لأنّ العُرف يَعتبر حَمَلة الأسهم مُلاّكا للشّركة، وهُم الّذين تُوزّع بينهم أرباحُها، وهم الّذين يتضرّرون بخسائرها، وهم الّذين يستحقّون ثمنَ الموجودات عند تصفيتها. أمّا أنّهم لايستحِقّون التّصرّفَ المباشِر في موجودات الشّركة، فلأنّ لكلّ واحدٍ من الشُّركاء مِلكاً مُشاعاً في جميع الموجودات، فليس لشريكٍ واحدٍ أن يستبدّ بالتّصرّف في ملكٍ مشترك. وقد اتّفق الشّركاءُ عند إنشاءِ الشّركة أنّ التّصرّف في الموجودات إنّما يتمّ حسبَ قراراتِ مجموعِ الشّركاء الّذين تُمثّلهم الجمعيّةُ العموميّة، و مجلسُ الإدارة المخوّل بذلك من قبل الجمعيّة العموميّة.

ومن هذه الجهة، فإنّ بيعَ السّهم بيعُ حصّةٍ مُشاعةٍ في موجودات الشّركة، وينطبق عليه أحكامُ بيع المشاع. وبذلك صدر قرارُ مجمع الفقه الإسلاميّ، ونصُّه:

"إنّ المحلّ المتعاقَد عليه في بيع السّهم هو الحصّةُ الشّائعة من أصول الشّركة. وشهادةُ السّهم عبارةٌ عن وثيقةٍ للحقّ في تلك الحصّة."[٢]

---

(١) تقيّ الدين النبهاني، النظام الاقتصاديّ في الإسلام ص ١٧٣ دار الأمة

(٢) قرار رقم ٦٣ بشأن الأسواق المالية في الدّورة السّابعة المنعقدة بجدّة في شهر ذي القعدة ١٤١٢هـ فقره ٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد ذهب بعضُ المعاصرين إلى عدم جواز بيع أسهم الشّركات، لأنّ مشتريَ السّهم لايعرف قدرَ الموجودات الّتي يمثّلها سهمٌ واحد. بل رُبّما لايعرف جنسَها. وهذه جهالةٌ فاحشةٌ تُفسد البيع. والّذين أجازوا بيعَ الأسهم أجابوا عن ذلك بأنّ موجوداتِ الشّركات مُعْلَنَةٌ منشورةٌ في موازناتها، وبياناتِ مركزها الماليّ. فعِلْمُها الإجماليّ مُتاحٌ لكلّ من يُريد أن يشتريَ أسهُمَها. أمّا عِلمُها التّفصيليّ، فلايُشترطُ لصحّة البيع، كبيعِ كلّ ما في هذا البيت الّذي سبق جوازُه. وهذا هو الأوجه.

وبجواز بيع الأسهم أفتى كثيرٌ من علماء الهند، مثلَ الإمام الشّيخ أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى.[1]

ولكنّ هذا الجواز يخضع لجميع شروط البيع. فلو كانت الشّركةُ لم تَبدأ نشاطَها، وكانت موجوداتُها مقتصرةً على نقود، فإنّ أسهمَ تلك الشّركة لاتُمثّل إلاّ نُقوداً، فلو بيعَ السّهمُ بنقدٍ في هذه الحالة، فإنّه لايجوز بيعُها بأقلّ أو أكثرَ من قيمتها الاسمية، لأنّ التّفاضُل يؤدّي إلى الرّبا. وكذلك إن كانت الشّركة تجارتُها حراماً، مثل الشّركات الّتي تتعامل في الخمر أو الخنزير، أو البنوك الرّبويّة، يحرُم تداولُ أسهمها.

أمّا إذا كانت الشّركةُ نشاطُها التّجاريُّ حلالاً، ولكنّها تُودع فائضَ نقودها في البنوك الرّبويّة، وقد تقترض منها قروضاًربويّة، فاختلفت أنظارُ الفقهاء المعاصرين في جواز شراء أسهمِها. فقالت جماعةٌ من العلماء: إنّه لايجوز شراءُ أسهمها، لأنّ حاملَ السّهم يشاركُ في هذه العمليّات المحرّمة، فكان مثلَ شراء أسهم الشّركات الّتي نشاطُها التّجاريّ حراماً. وقال الآخرون: إنّ إيداعَ فائضِ النّقود في البنوك الرّبويّة

---

(١) إمداد الفتاوى ٣: ٤٨٦ إلى ٥٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

عمليّةٌ منفصلةٌ عن نشاطها التّجاري، فلايؤثّر على أصل النّشاط، بشرط أن يكون قليلاً بالنّسبة إلى نشاطها الأساسي، وقدّره أكثرُ المجيزين أن يكون مثلُ هذا الإيداع أقلّ من ثلاثين في مائة بالنّسبة إلى قيمة موجوداتها، والعائدُ النّاتج منها أقلُّ من خمسة في مائة من مجموع إيرادات‍ها. وقالوا: إنّ حاملَ السّهم يجب عليه أن يرفع صوته في الجمعيّة العموميّة ضدّ الإقراض أو الاقتراض الرّبوي، ولكن إذا رُفض صوتُه بالأغلبيّة، ودخل هذا الكسبُ المحرّم في أرباح الشّركة، فإنّه يجب عليه أن يتخلّص من هذا الكسب المحرّم بالتصدّق بما يُساوي حصّته من الإيراد الّذي دخل في الشّركة تبعاً من خلال هذا الإيداع.

أمّاعمليّةُ الاقتراض الرّبوي، فحرامٌ بلاشك، ويأثم بها فاعلُها، ولكنّ المبالغَ المقترَضة تدخلُ في مِلكه وضمانِه، فلايحرُم ما يكسِبه بها. وعلى حامل السّهم أن لايأذن مديري الشّركة بهذه التّعاملات الرّبويّة برفع صوته في الجمعيّة العموميّة. فإن امتنعوا فهو المقصود، وإن لم يمتنعوا، فلايُنسَب فعلُهم إلى حامل السّهم، لأنّ طبيعةَ الشّركة المساهمة مختلفةٌ من شركة الأشخاص من حيثُ إنّ القراراتِ في الشّركة المساهمة تُتّخذ على أساس الأغلبيّة، وليس بإجماع الشّركاء، كما هو الحالُ في شركة الأشخاص. فلاتُنسب القراراتُ إلى حامل السّهم الّذي صرّح بإنكاره عليها. وإلى هذا يبدو ميلانُ شيخ مشايخنا التّهانويَ رحمه الله تعالى.[1] والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثمّ إن كان اقتناءُ أسهم الشّركات جائزاً، انطبق على بيعه وشرائه جميعُ الشّروط

---

(١) إمداد الفتاوى ٣: ٤٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّرعيّة لجواز البيع وصحته. ولذلك لايجوز لأحدٍ أن يبيعَ أسهماً لايملكها، كما هو معمولٌ به في البورصات، فإنّ النّاسَ يبيعون أسهماً لايملكونها، ويُسمّونها Short Sale وهو ممنوعٌ في الشّريعة قطعاً.

وكذلك يجبُ أن تكونَ الأسهمُ مقبوضةً لدى البائع قبل أن يبيعَها إلى آخر، وأن لايكونَ بيعاً مُضافاً إلى المستقبل، وأن لايستلزمَ محظوراً آخر، مثلَ الرّبا.

والبيوعُ الّتي تقعُ في بورصاتِ الأسهُمِ على نوعين: البيوع المستقبلة (forward sale) و"البيوع الفوريّة"(spot sales) ولنتكلّم على كلّ واحد من هذين النّوعين بشيءٍ من التّفصيل:

١٦٨ - البيوع المستقبلة للأسهم (forward sales)

فأمّا البيوعُ المستقبلة، فالمراد منها البيوعُ المضافَة إلى المستقبل، بمعنى أنّ البائعَ فيها يعقد في يوم العقد بيعَ أسهم شركةٍ معيّنة في تاريخ لاحق. وفيه عدّةُ محظوراتٍ من النّاحية الشّرعيّة:

الأوّل: أنّه بيعٌ مضافٌ إلى المستقبل، وسيأتي (في شروط البيع الّتي ترجع إلى صُلب العقد) أنّه محظورٌ شرعاً في غير السّلم، وشروطُ السّلم منتفيةٌ في مثل هذا البيع.

الثّاني: أنّه يستلزم تأجيلَ البدلين، وبيعَ الكالئ بالكالئ، لأنّ ثمنَ البيع لايُدفعُ عادةً عند العقد، بل عند حلول التّاريخ المعقود عليه.

الثّالث: أنّ المبيعَ في معظم هذه العقود لايكونُ مملوكاً للبائع عند العقد. وفي معظم

www.besturdubooks.wordpress.com

الحالات، لايُقصد بهذا البيع تسليمُ المبيع وتسلُّمُه، وإنّما ينتهي العقدُ بتسوية فُروق الأسعار، وهو نوعٌ من المضاربات والمقامرة.

وقد حاول بعضُ النّاس تخريجه على أساس الوعد المُلزم. ولكنّه غيرُ صحيح، لما قدّمنا في مبحث الوعد أنّ الأصلَ في الوعد أنّه غيرُ لازم قضاءً، ولكنّه قد يلزم قضاءً للحاجة العامّة، أو لدفع حرجٍ عامّ. ولاحاجةَ هُنا، لأنّ العقودَ المستقبلة في الأسهم ليست ممّا تحتاج إليه التّجارة الحقيقيّة، بل إنّها تفتحُ بابَ المضاربات على أساس التّخمين (speculation) وإنّ مفاسدَها في النّظام الاقتصاديّ واضحةٌ لاتحتاج إلى تدليل.[1]

١٦٩ – البيوع الفوريّة للأسهم (spot sales)

أمّا البيوع الفوريّة، فالطّريق المتّبَعُ فيها في البورصات أنّ عند عقد البيع يُسجَّل في كمبيوتر البورصة ما يُثبت هذا البيع، وتكون البورصةُ ضامنةً لأداء واجبات البائع والمشتري، ولكنّ البائعَ يُسلّم المبيع، والمشتري يؤدّي الثّمن في وقتٍ لاحقٍ يكونُ تحديدُه مختلفاً في بورصات مختلفة، ففي بعضها يكونُ ذلك بعد ساعاتٍ من يوم العقد نفسه، وفي بعضها يكونُ بعد يومٍ واحد، وفي بعضها بعد يومين، أو ثلاثة، ولايكونُ عادةً أكثرَ من ثلاثة أيّام. وإنّ في هذا الوقت المحدّد من قِبل البورصة، تتمّ عمليّة التّسليم الّذي يُقال له: Delivery . والتّسليمُ في الثّمن معناه أنّ المشتريَ يدفع الثّمن إلى البائع. أمّا تسليمُ الأسهم، فمعناه أنّ في هذا الوقتِ يتمّ انتقالُ الأسهُم إلى

(١) وقد أوضحت بعض هذه المفاسد في مقالتي الانكليزية Present Financial Crisis: causes and remedies from Islamic perspective والتي نُشرت ترجمته العربية باسم "أسباب الأزمة المالية وعلاجها في ضوء الشريعة الإسلامية".

www.besturdubooks.wordpress.com

اسم المشتري في دفاتر الشركة الّتي وقع بيعُ أسهُمِها. وعلى هذا، فإنّ هناك مسائلَ يجب تنقيحُها من النّاحية الفقهيّة:

المسئلة الأولى: أنّ التّسليم والتّسلّم لايقع في بيع الأسهُم عند العقد، فإنّ البائعَ ربّما يبيعُ أسهماً ليس في ملكه في ذلك الوقت. وقد تقدّم أنّ ذلك لايجوز شرعاً.

المسئلة الثّانية: أنّه إن كانت الأسهم المبيعةُ في ملك البائع عند العقد، ولكنّ التّسليم والتّسلّم لايقع في بيع الأسهُم عند العقد، فهل يُعتبر ذلك تأجيلَ البدلين؟ والجواب: أنّه ليس من قبيل تأجيلِ البدلين، لأنّ البيعَ حالٌّ بمعنى أنّ ملكَ الأسهُم ينتقلُ إلى المشتري فورَ تمامِ العقد. ويحقُّ للبائع أن يُطالب بالثّمن فوراً، ولكن يتأخّر التّسليمُ لأسباب إجرائيّة. وهذا مثلُ حَبس البائع المبيعَ إلى تسديد الثّمن، فإنّه بيعٌ حالٌّ، ولكن يتأخّر فيه التّسليم والتّسلّم.

المسئلة الثالثة: أنّ الّذي يجري عليه العمل في سوق الأسهم التّقليديّة أنّ المشتريَ بعد عقد شراء الأسهم، ربّما يبيعُ الأسهمَ المشتراةَ إلى شخص ثالث قبل موعد التّسليم (Delivery)، فهل يُعتبر ذلك بيعاً قبل القبض، فلايجوز؟ فربّما يُظنّ أنّه ليس بيعاً قبل القبض، لأنّ معنى القبض أن تنتقل إلى المشتري حقوقُ المبيع والتزاماتُه، وأن يدخلَ المبيعُ في ضمانه. وإنّ كلّ ذلك يحصل بمجرّد عقد البيع الأوّل، حيثُ يُسجَّل هذا البيعُ في الكمبيوتر، كما اعترف به أصحابُ البورصة. وإنّ ما يقع في موعد التّسليم هو تسجيلُ الملكيّة باسم المشتري فقط، وإنّ التّأخيرَ في تسجيل المبيع باسم المشتري لايمنع من تمام القبض، كما أنّه يُمكن أن يشتريَ رجلٌ سيّارةً ويقبضها، ولكن يتأخّر تسجيلها في الجهات القانونيّة إلى وقتٍ لاحق، فلا يتوقّف

www.besturdubooks.wordpress.com

القبض على ذلك التسجيل، بل يتحقّق القبض بدونه. فكذلك يتحقّق القبضُ في الأسهم قبل تسجيلها باسم المشتري في موعد التّسليم.

ولكنّ الحقيقة، كما يظهر بالتّأمّل في ضوابط البورصة، أنّ الّذي ينتقل إلى المشتري عند العقد هو مِلكُ الأسهم فقط. أمّا القبض، فإنّه لايحصُل إلاّ عند موعد التّسليم. ويدلّ على ذلك دلائل آتية:

(١) قبضُ كلّ شيئٍ يكون بحسبه في عرف ذلك الشّيئ، كما تقرّر في الفقه. وإنّ عُرفَ البورصة والمتعاملين فيها أنّهم لايعتبرون الأسهمَ مُسلَّمةً إلى المشتري إلاّ عند التّسليم الفعليّ الّذي يقع في موعده، ويُسمّونها تسليماً (Delivery) وإنّ هذا الاصطلاحَ فيه تصريحٌ بأنّ المشتريَ إنّما يتسلّم الأسهمَ عند ذلك، لاقبله، والتّسلّم هو القبض.

(٢) إنّ سهمَ شركة معيّنة يُمثّل حصّةً شائعةً في جميع موجودات الشّركة، كما تقدّم. وإنّ بيع الحصّة المشاعة جائز، ويتحقّق قبضُها بالتّخلية،[١] بأن يتمكّن المشتري من الانتفاع به أو من التصرّف فيه متى شاء. وإنّ هذا التّمكّن لايحصُل لمشتري الأسهم إلاّ بعد التّسليم، لأنّه لايُعتبر حاملاً لأسهم الشّركة قبل ذلك. ولهذا لو انعقدت الجمعيّة العموميّة قبل موعد التّسليم، فإنّه لايحقّ له أن يُصوّت فيها، لأنّه لم تعترف الشّركةُ بعدُ أنّه حاملٌ لأسهمها. وكذلك لو وزّع ربحُ الشّركة، فإنّ الشّركةَ تُوزّعها على البائع (المالك القديم)، وإن كان البائع يرُدّ ذلك الرّبحَ إلى المشتري بحكم انتقال الملك إليه.

---

(١) المبسوط للسرخسي، كتاب الإجارة ١٥: ١٤٦؛ والهداية، كتاب الإجارة، مع فتح القدير ٨: ٤١

(٣) تُصرّح ضوابطُ البورصة أنّه لو تخلّف البائعُ من التّسليم في موعده، فإنّه يحقّ للمشتري أن يشتريَ تلك الأسهمَ من السّوق، وتُسمّى هذه العمليّةُ Buy In ولئن اضطرّ المشتري إلى دفع ثمنٍ أكثر من الثّمن المتّفق عليه مع البائع، فإنّ البائعَ يجبَر ضرورة بدفع الفرق إليه.[1] وهذا دليلٌ واضحٌ على أنّ المشتري لم يكن تسلّم الأسهمَ إلى موعد التّسليم، وإلاّ فلم تكن هناك إمكانيّةُ التّخلّف من قِبل البائع. لأنّ تخلّف البائع إنّما يُتصوّر في صورتين: إمّا أن يكون قد باع ما لم يملكه، ولم يقدر على تملّكها عند التّسليم. وإنّ بطلانَ البيع في هذه الصّورة واضح كما تقدّم، وإمّا أن يكون مالكاً للأسهم عند العقد، ولكن تغيّر رأيُه عند التّسليم، وأراد أن يبيعها إلى شخصٍ آخر. وهذا يدلّ على أنّه لم يكن سلّم تلك الأسهمَ إلى المشتري، وإلاّ لم يُمكن له تغييرُ رأيه وبيعُها إلى آخر، ولما احتاج المشتري أن يشتريها من السّوق.

فبهذه الوجوه يتّضح أنّ قبضَ المشتري على الأسهم لايتحقّق قبل التّسليم.

أمّا ما يُقال إنّ حقوق السّهم والتزاماته تنتقل إلى المشتري بمجرّد العقد، فإنّ ذلك ليس بصحيح، كما أوضحناه في النّقاط المارّة، وإنّما يُقال ذلك بمعنى أنّه إن انخفضت قيمةُ السّهم قبل التّسليم، فإنّ المتضرّرَ هو المشتري، وإن زادت قيمتُه، فإنّ الرّابح هو المشتري، دون البائع. ومجرّد هذا الأمر لايكفي لانتقال الحقوق والالتزامات. فلو اشترى أحدٌ سيّارةً ببيع صحيح، ولم يقبضها، ووقع التّغيّر في قيمتها السّوقيّة قبل القبض، فإنّ المستفيدَ أو المتضرّرَ بهذا التّغيّر هو المشتري، وليس البائع، ولكن لايمكن أن يُقال: إنّ هذه الاستفادة أو التّضرّر يقوم مقام القبض.

(1) Rules For Ready Delivery Contracts, Karachi Stock Exchange, clause 1 (b) & (c)

www.besturdubooks.wordpress.com

والحاصلُ من هذه الدّراسة أنّ مَن اشترى سهماً، فإنّه لايجوز له شرعاً أن يبيعه قبل التّسليم الفعليّ الّذي يتمّ في موعده. وهذا من أقوى الأسباب لتفادي المضاربات الّتي تقعُ في سوق الأسهم على أساس التّخمين، والّتي أفسدت النّظامَ كلّه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٧٠ - حكم طعام البوفيه

وممّا شاع في عصرنا في المطاعم والفنادق طعامُ البوفيه. وهو أنّ صاحبَ المطعم يضعُ أنواعاً من الأطعمة في صُحونٍ كبيرة، ويأذن للمشتري أن يأكلَ منها ما شاءَ بثمنٍ معلومٍ معيّن. فالثّمنُ في هذه المعاملة معلوم، ولكنّ المبيعَ غيرُ معيّن، لاجنسُه ولامقدارُه. والقياسُ أن لايجوزَ هذا البيع، لأنّ المبيعَ وقدرَه مجهولٌ عندالعقد جهالةً تؤدي إلى الغرر. ولكنّ النّاسَ تعاملوا به من غير نكير، والظّاهرُ أنّ الغررَ فيه مغتفر. لأنّ الفقهاءَ أجمعوا على أنّ الغرر اليسير غيرُمفسد للعقد. وقد فسّروا الغرر اليسير بما يرجع إلى العُرف وعدم إفضاءه إلى النّزاع. فعرّف الدسوقيّ رحمه الله تعالى الغرر اليسير بقوله: "هو ماشأنُ النّاس التّسامحُ فيه."[1] وقال النوويّ رحمه الله تعالى: "قال العلماء: مدارُ البطلان بسبب الغرر، والصّحّة مع وجوده على ماذكرناه، وهو أنّه إن دعت حاجةٌ إلى ارتكاب الغرر، ولايمكنُ الاحتراز عنه إلابمشقّة، وكان الغررُ حقيراً، جازالبيع، وإلافلا."[2]

ومن نظائر مسألتنا ما أجمعوا عليه من دخول الحمّام بأجرة، فإنّه لايُعرف عند العقد قدرُما

---

(١) حاشية الدسوقي على شرح الدردير ٣: ٦٠

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي، باب بطلان بيع الحصاة، والمجموع شرح المهذب، باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره ٩: ٢٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

يُستعمَل من الماء، ولاقدرُ ما يمكث فيه المستأجر، وكذلك جوازُ الشُّرب من ماء السِّقاء بعوض، مع اختلاف النّاس في استعمال الماء، كماذكره النّوويّ رحمه الله تعالى.

وأقربُ نظيرٍ لطعامِ البوفيه هو استئجار الظّئر بطعامها وكسوتها. قال الجصّاص رحمه الله تعالى:

"وفي هذه الآية (أي في قوله تعالى: وعلى المولودله رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف) دلالةٌ على جواز استئجارالظّئر بطعامها وكسوتها، لأنّ ما أوجبه الله تعالى في هذه الآية للمطلّقة هما أجرة الرضاع، وقدبيّن ذلك بقوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ"[١]"

وذكر السّرخسيّ رحمه الله تعالى أنّ إجارةَ الظّئر بطعامها وكسوتها غيرُ جائزٍ عند الشافعيّ وأبي يوسف ومحمّد رحمهم الله تعالى، لأنّ الطّعامَ والكسوةَ مجهولان. وأجازه الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى، ثم قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وأبوحنيفة رحمه الله تعالى استدلّ بقوله تعالى: ((وعلى المولودله رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف)) يعني أجراً على الإرضاع بعدالطّلاق، ألاترى أنه قال: ((وعلى الوارث مثل ذلك)) وذلك أجر الرّضاع، لانفقة النكاح. ولأنّ الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصّفة، وليس في عينه نصّ يُبطله، وفي النّزع عن هذه العادة حرج، لأنّهم يَعُدّون الظّئرَ من أهل بيتهم، فالظّاهر أنّهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢: ١٠٦

الزّوجات وكسوتهن."(١)

والظّاهر، كما ذكره السّرخسيّ في أوّل هذه المسئلة، أنّ جواز الإجارة بالطّعام والكسوة مختصٌ بالظّئر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولايجوز فيما سواه من عقود الإجارات، ولكنّ المالكيّة و الحنابلة يُجوّزون ذلك في استئجار أيّ أجير. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"اختلفت الرّواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته، أو جعل له أجراً، وشرط طعامه وكسوته، فرُوي عنه جوازُ ذلك، وهو مذهب مالك و إسحاق، ورُوي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنّهم استأجروا الأجراءَ بطعامهم وكسوتهم. ورُوي عنه أنّ ذلك جائزٌ في الظّئر دون غيرها، اختارها القاضي، وهذا مذهبُ أبي حنيفة، لأنّ ذلك مجهول، وإنما جاز في الظّئر لقول الله تعالى ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) فأوجب لهنّ النّفقة والكسوةَ على الرّضاع، ولم يفرّق بين المطلّقة وغيرها، بل في الآية قرينةٌ تدلّ على طلاقها، لأن الزّوجة تجب نفقتُها وكسوتُها بالزّوجيّة، وإن لم تُرْضِع، لأنّ الله تعالى قال : ((وعلى الوارث مثل ذلك)) والوارثُ ليس بزوج، ولأنّ المنفعةَ في الحِضانة والرّضاع غيرُ معلومة، فجاز أن يكون عوضُها كذلك. ورُوي عنه روايةٌ ثالثةٌ:

(١) المبسوط للسرخسي، باب إجارة الظئر ١٥: ١١٩

لا يجوز ذلك بحال، لا في الظئر ولا في غيرها، وبه قال الشافعيّ و أبو يوسف و محمّد و أبو ثور و ابن المنذر، لأنّ ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً، فيكونُ مجهولاً، والأجرُ من شرطه أن يكون معلوماً. ولنا ما روى ابن ماجه عن عُتبة بن المنذر[1] قال: "كُنّا عند رسول الله صلّى الله عليه و سلّم فقرأ ((طس)) حتّىٰ إذا بلغ قصّةَ موسى، قال: إنّ موسى أجرَ نفسَه ثمانيَ حِجج أو عشراً على عفّة فرْجه وطعام بطنه."[2] وشرْعُ مَن قبلَنا شرعٌ لنا ما لم يثبُت نسخُه. وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنّه قال: "كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعُقبة رجلي، أحطِب لهم إذا نزلوا، وأحدوبهم إذا ركِبوا."[3] ولأنّ مَن ذكرنا من الصّحابة وغيرهم فعلوه، فلم يظهر له نكير، فكان إجماعاً، ولأنّه قد ثبت في الظّئر بالآية، فيثبت في غيرها بالقياس عليها، ولأنّه عوضُ منفعة، فقام العُرف فيه مقامَ التّسمية. كنفقة الزّوجة، ولأنّ للكسوة عُرفاً، وهي كسوة الزّوجات، وللإطعام عُرف، وهو الإطعام

---

(١) كذا في نسخة المغني، ولكنّ المذكور في سنن ابن ماجه: "عقبة بن النُّذر"

(٢) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في أبواب الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه، حديث ٢٤٤٤ وقال البوصيري رحمه الله تعالى في زوائدابن ماجه: "ليس لعتبة بن النذر هذا عندابن ماجه سوى هذا الحديث، وليس له شيئ في شيئ من الكتب الخمسة، وإسناد حديثه ضعيف لتدليس بقيّة رواه الإمام أحمد في مسنده من حديث عتبة بن النذر، وكذلك أخرجه ابن الجوزيّ في كتابه جامع المسانيد بسنده."

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه أيضا بعد الحديث السابق، وقال البوصيري رحمه الله تعالى: "هذا إسنادصحيح موقوف، وحيّان هوابن بسطام بن مسلم بن نمير، ذكره ابن حبّان في الثقات، وباقي رجال الإسناد ثقات. وهكذارواه الحاكم في المستدرك من طريق عمرو بن مرزوق عن ابن مهدي به، ورواه البيهقي في الكبرى عن الحاكم به."

www.besturdubooks.wordpress.com

في الكفّارات، فجاز إطلاقه كنقد البلد."[1]

والظّاهر من كلام الفقهاء في هذه المسائل أنّ للعُرف دخلاً كبيراً في إخراج عمليّة من الغرر الفاحش الممنوع، ولاشكّ أنّ ما تُعورف في البوفيه من هذا القبيل، لأنّ النّاسَ يتعاملون به ولا تؤدّي هذه الجهالة إلى نزاع.

ثمّ العُرف في طعام البوفيه أنّه يؤذن للمشتري أن يأكل ما شاء، ولكن لايُسمح له بأن يحمِل منه شيئاً، أو يُطعمَ أحداً غيره، فالظّاهر أنّه إباحةٌ ابتداءً، وتمليكٌ انتهاءً. والتملّك إنّما يتحقّق عند الأكل، فإن أخذ أشياءَ للأكل ولم يأكلها، فالحكمُ يتوقّف على العُرف، فما تُعورف فيه أنّه لايُعاد إلى الصّحون، صار مِلكاً له، وإن كان ممّا يُعاد لايملكه. والله سبحانه أعلم.

١٧١- الشّرط السّابع: أن يكون مقبوضاً للبائع

الشّرط السّابع المتعلّق بالمبيع: أن يكون البائعُ قد قبض المبيعَ قبضاً حقيقيّاً أوحكميّاً. وهذا من شرائط الصحّة، فبيعُ ما لم يقبضه بعدُ فاسدٌ شرعاً، ولوكان مملوكاً له. والأصلُ فيه قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "من ابتاع طعاماً فلايبعه حتىٰ يستوفيه."[2] وقد اختلف الفقهاء في هذه المسئلة على أقوال:

الأول: قول عثمان البتّيّ رحمه الله تعالى: إنّه لايشترط لصحّة البيع أن يكون البائعُ قبضه. فيجوزالبيعُ عنده قبل قبضه في كلّ شيئ. ولكن قال ابن عبد البرّ رحمه الله تعالى: "هذا قولٌ مردودٌ بالسنّة والحجّة المجمعة على الطّعام. وأظنّه لم يبلغه هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦: ٦٨

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، حديث ٢١٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الحديث. ومثل هذا لايلتفت إليه."[1]

الثاني: قال الشافعيّ ومحمّد بن الحسن من الحنفيّة: يحرم بيع كلّ شيء قبل قبضه، طعاماً كان أو غيره، منقولاً كان أو غير منقول، وهو ظاهر قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، وهو رواية ابن عقيل عن أحمد كما في المغني.

الثالث: قال أحمد بن حنبل في أظهر رواياته: إنّما يختصّ النّهي بالطعام، فلا يجوز بيعه قبل قبضه، ويجوز فيما سواه، كما حقّقه ابن قدامة.

الرّابع: قال مالك رحمه الله: إنّما يمتنع البيع قبل القبض في المكيل والموزون من الطّعام خاصّة. وقال سحنون وابن حبيب من المالكيّة: إنّه ممتنع في كلّ مكيل أو موزون أو معدود. ثمّ هل يختصّ بالطّعام أو بالربويات عندهم؟ فيه قولان حكاهما الأبي.

الخامس: قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: يمتنع البيع قبل القبض في سائر المنقولات، ويجوز في العقار الّذي لا يُخشى هلاكه، كما في فتح القدير.[2]

استدلّ الحنابلة على أنّ النّهي مقصور على الطّعام بالحديث الّذي رواه ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه."[3] لأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نصّ فيه على الطّعام، واستدلّوا أيضاً بما رُوي عن ابن عمر قال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٢) فتح القدير، كتاب البيوع ٦: ١٣٧ و ١٣٨.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، حديث ٣٨١١.

www.besturdubooks.wordpress.com

"كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، وآخذ مكانها الورق، وأبيع بالورق وآخذ مكانها الدنانير، فأتيت النبيّ صلّى الله عليه وسلم، فسألته عن ذلك، فقال: لا بأس به بالقيمة."

أخرجه أصحاب السنن الأربعة وأحمد وابن حبّان والحاكم من طريق سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، ولم يرفعه عنه إلا سماك بن حرب، كما في تلخيص الحبير للحافظ.[١] ووجه الاستدلال منه على ما بيّنه ابن قدامة، أنّه تصرّفٌ في الثّمن قبل قبضه، وهو أحد العوضين. فلو جاز بيعُ الثّمن قبل قبضه، جاز بيعُ المبيع قبل قبضه أيضاً، إلاّ في الطّعام؛ فإنّه ورد فيه النّهي أيضاً.

وهذا الاستدلال غيرُ ناهض على الشّافعيّة والحنفيّة، لأنّه صرْفٌ اقتضاءً، ولا غرر فيه للانفساخ بالهلاك لعدم تعيّنه بالتّعيين. وإنّما الكلام في بيع المبيع، فإنّه ممكنُ الهلاك، وسيأتي ما يدلّ على عموم النّهي عنه.

واستدلّ ابنُ قدامة أيضاً بحديث ليلة البعير عن جابر رضي الله تعالى عنه، فإنّ النّبيّ صلّى الله تعالى عليه وآله وسلّم اشتراه من جابر، ثمّ وهبه له قبل أن يقبضه. وليس فيه حجّةٌ لهم خلافاً لمحمّد رحمه الله تعالى، فإنّه يفرّق بين البيع والهبة، ويقول: إنّ هبة المبيع جائزةٌ قبل قبضه، ولا يجوز بيعُه قبل قبضه، كما في فتح القدير.[٢] وأمّا أبو حنيفة وأبو يوسف، فالهبةُ عندهم كالبيع، والجوابُ من قِبَلهم عن حديث

---

(١) أخرجه الترمذي ١٢٤٢، وأبو داود ٣٣٤٥، والنسائي ٤٥٨٩، وابن ماجه ٢٢٦٢، والدارمي ٢٥٨١، وأحمد ٢: ١٥٤، انظر التلخيص الحبير ٣: ٢٥ و ٢٦، باب القبض وأحكامه برقم ١٢٠٤.

(٢) فتح القدير ٦: ١٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

البعير أن النبيَّ صلّى الله تعالى عليه وآله وسلم إنّما وهبه للبائع بعد قبضه على الثّمن، وذلك يجوز، لأنّه هبةٌ للثّمن حقيقةً، وليس هبةً للمبيع. وإنّما الكلامُ في هبة المبيع لغير البائع قبل قبضه.

وأمّا الشافعيّ ومحمد بن عقيل ومن وافقهم في تعميم النهي، فاستدلّوا بما يأتي:

١- أخرج أبو داود عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، قال: "ابتعتُ زيتاً في السُّوق، فلمّا استوجبتُه لقيني رجل، فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردتُ أن أضرب على يده، فأخذ رجلٌ من خلفي بذراعي، فالتفتُّ، فإذا زيدُ بن ثابت، فقال: لا تبعه حيثُ ابتعته، حتى تحوزه إلى رحلك. فإنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى أن تُباع السِّلع حيثُ تُبتاع، حتى يحوزها التُّجار إلى رحالهم"[1]

فقد عمّم هذا الحديثُ الحكمَ في جميع السّلع، ولم يقصره على الطّعام. وتكلّموا في إسناد هذا الحديث بأنّ فيه محمّد بن إسحاق. ولكن قال صاحب التّنقيح: "سنده جيّد، وابنُ إسحاق صرّح فيه بالتّحديث" كما في فتح القدير[2] وأخرجه أيضاً ابنُ حبّان في صحيحه، والحاكم في مستدركه وصحّحه، وأقرّه عليه الذّهبي.

٢- عن حكيم بن حزام قال: "قلت: يا رسول الله، إنّي أبتاع هذه البيوع، فما يحلّ لي منها وما يحرُم عليّ؟ قال: "يا ابن أخي! لا تبيعنّ شيئاً حتى تقبضه" وفي رواية أبان: "إذا اشتريت بيعاً، فلا تبعه حتى تقبضه." هذا اللّفظ للبيهقيّ في سننه، وقال: "هذا إسنادٌ حسن متّصل." وأخرجه أيضاً ابنُ حبّان في صحيحه، وأحمد في

(١) أخرجه أبو داود برقم ٣٣٥٦، والحاكم ٢: ٤٠ وصحّحه، وأقرّه الذهبي.
(٢) فتح القدير ٦: ١٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مسنده، وفيه تعميمُ الحكمِ لكلِّ شيء، وأعلّوه بعبد الله بن عصمة، لكن قال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى في تهذيب السنن: "هذا إسنادٌ على شرطهما، سوى عبد الله بن عصمة، وقد وثّقه ابن حبّان، واحتجّ به النسائي." وقال صاحب التنقيح: "فيه عبد الله بن عصمة، وهو الجشميّ، حجازيّ، وقد ذكره ابن حبّان في الثقات، وقال عبد الحقّ في أحكامه بعد ذكر هذا الحديث: عبد الله بن عصمة ضعيفٌ جدًا، وتبعه على ذلك ابنُ القطّان، وكلاهما مخطئ في ذلك. وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنّصيبيّ أو غيره ممن يُسمّى عبد الله بن عصمة." كذا في نصب الرّاية للزّيلعي.[١]

٣ - عن عبد الله بن عمرو أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربحُ ما لم يضمن، ولا بيعُ ما ليس عندك." أخرجه التّرمذيّ في باب كراهية بيع ما ليس عنده، وقال: هذا حديثٌ حسنٌ صحيح.[٢]

فنهى فيه[٣] رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن ربحِ مالم يضمن، والبيعُ قبل القبض يتضمّنه، لأنّ المبيعَ لا يدخل في ضمان المشتري حتّى يقبضه. فإن باعه قبل ذلك بالرّبح، كان ذلك ربحاً لما لم يضمنه، وهذه العلّة تعمّ الطّعامَ وغيرَه.

وبعين هذه الأدلة يستدلّ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى، غير أنّهما يستثنيان العقار من عموم النّهي، لأن علّة النّهي منتفيةٌ فيه، فإنّ الحديث الأخير -

---

(١) وأخرجه البيهقي ٥: ٣١٣ وحسّنه، وأحمد ٢: ٤٠٢، وانظر تهذيب السنن ٥: ١٣١ ونصب الراية ٤: ٣٣.
(٢) أخرجه الترمذي برقم ١٢٣٤، ١٢٣٥ وأبو داود برقم ٣٥٠٤، والنسائي ٤٦١١، ٤٦١٢.
(٣) وكذا في قوله عليه السلام: "الخراج بالضمان." أخرجه أبو داود

www.besturdubooks.wordpress.com

حديث عبد الله بن عمرو - دلّ على أنّ العلّة في النّهي عن بيع المبيع قبل القبض، هي أنّه يستلزمُ ربحَ ما لم يضمن، وإنّما يضمن الإنسانُ ما يخاف فيه الهلاك. وأمّا العقار، فلا يُخشى فيه ذلك إلاّ نادراً، حتّى لو كان العقارُ على شطِّ البحر، أو كان المبيع علواً، لا يجوز بيعُه قبل القبض، كما في فتح القدير،[1] لأنّ الهلاكَ فيه غيرُ نادر.

وقال صاحب الهداية: "لهما (يعني في جواز بيع العقار قبل قبضه) أنّ ركنَ البيع صدر من أهله في محلّه، ولا غرر فيه، لأنّ الهلاك في العقار نادر، بخلاف المنقول، والغررُ المنهيّ عنه غررُ انفساخ العقد، والحديث معلولٌ به بدلائل الجواز.

وقال ابن الهمام تحته: "والحديث معلولٌ به، أي بغرر الانفساخ، والدّليل عليه أنّ التّصرُّف الّذي لا يمتنع بالغرر نافذٌ في المبيع قبل القبض، وهو العتق والتزوّج عليه."[2]

١٧٢ - مايكون قبضاً وما لايكون

ثمّ القبضُ عرّفه الفقهاء بعبارات مختلفة. فجاء في القوانين الفقهيّة لابن جزي: "القبضُ عبارةٌ عن حيازة الشّيء والتّمكّن منه، سواءٌ أكان ممّا يُمكن تناولُه باليد أو لم يكن."[3] وقال الكاساني رحمه الله تعالى: "معنى القبض: هو التّمكين والتّخلّي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً حقيقةً." وقال العزّ بن عبد السّلام رحمه الله تعالى:

---

(١) فتح القدير ٦: ١٣٨

(٢) فتح القدير ٦: ١٣٨

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة "قبض" ج ٣٢ ص ٢٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"قولهم: قبضتُ الدّار، والأرض، والعبد، والبعير: يُريدون بذلك الاستيلاء والتمكّن من التّصرف."[1]

ولكن بالرّغم من اتّفاق الفقهاء على هذه التّعريفات المتقاربة، فإنّ هناك تفصيلاً في تعيين طريق القبض في أشياء مختلفة، وفي بعضها خلاف. فلنذكر هذه التّفاصيل بالنسبة إلى المقبوضات:

١٧٣ - القبض في العقار

اتّفقت المذاهب الأربعة على أنّ القبضَ في العقار يحصلُ بالتّخلية،[2] وهو كما قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى، "أن يُخلّيَ البائعُ بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجهٍ يتمكّن المشتري من التّصرّف فيه، فيُجعل البائعُ مُسلّما للمبيع، والمشتري قابضاً له." وذكر النّوويّ رحمه الله تعالى في شرح المهذّب أنّ في معنى الأرض الشّجر الثّابت، والثّمرة المبيعة على الشّجر قبل أوان الجذاذ.

والتّخليةُ في الدّار تتحقّق بتسليم مفتاحها، ولو لم يدخلها المشتري، ولو كانت الدّارُ بعيدةً عنهما. واشترط في الخانيّة أن يقول مع دفع المفتاح: "خلّيتُ بينك وبين الدّار فاقبضه" فإن لم يقل ذلك، لم يكن قبضا،[3] ولم يُشترط ذلك في البحر والهنديّة

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢: ٢٥٧

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٧٣ و٢٧٤ والمغني لابن قدامة ٤: ٢٢٠ والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٤٥ وبدائع الصنائع ٤: ٤٩٨، حكم البيع

(٣) الخانية بهامش الهندية ٢: ٢٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وغيرهما، والظاهرُ أنّ المقصود بهذا الشّرط أن يتعيّن دفعُ المفتاح لغرض التّسليم، لأنّه يحتمل أن يكون دُفع لغرضٍ آخر. وعليه، فلا ينبغي أن يُشترط هذا اللّفظ بخصوصه، بل إذا دُفع المفتاح ودلّت القرائن على أنّ المقصود منه التّسليم، كفى ذلك. ولهذا لم يذكر الفقهاء الآخرون هذا الشّرط. والله أعلم.

أمّا إذا قال: "سلّمتها إليك" فإن كانت الدّارُ قريبةً من المشتري بحيث يتمكّن من إغلاقها في الحال، تحقّق القبض، وإن كانت بعيدةً، لايتحقّق القبضُ حتّى تمضيَ مدّةٌ يمكن فيها الذّهاب إليها.[1]

١٧٤- القبض في الدّار الّتي يسكنها البائع

ثمّ اشترط الفقهاء لصحّة تسليم الدّار أن تكون خاليةً من أمتعة البائع. فإن كانت مشغولةً بها لايتحقّق القبض حتى يُفرغها.[2] ولكن جاء في الفتاوى الهنديّة عن فتاوى أبي اللّيث: "فإن أذن البائعُ للمشتري بقبض الدّار والمتاع، صحّ التّسليم، لأنّ المتاع صار وديعةً عند المشتري."[3] وكذلك ذكروا حيلةً في نفاذ هبة ماهومشغولٌ بمتاع البائع فقالوا: "وحيلةُ هبة المشغول أن يُودِع الشّاغلَ أولاً عند الموهوب له، ثمّ يُسلّمه الدّار مثلاً، فتصحّ لشُغلها بمتاعٍ في يده."[4]

---

(١) راجع مجلّة الأحكام العدليّة، مادّة ٢٧٠ مع شرحها للأتاسي ٢: ١٩٦ إلى ٢٠٠

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٧٤

(٣) الفتاوى الهندية ٣: ١٧ باب ٤ من كتاب البيوع

(٤) الجوهرة النيرة، أوائل كتاب الهبة ٢: ١١ ونقله الحصكفي في الدر المختار ولم يتعقبه ابن عابدين بشيئ. (ردالمحتار ٥: ٦٩٢) ولكن قال الكاساني رحمه الله تعالى: "وفي هذه الحيلة=

www.besturdubooks.wordpress.com

ويُمكن أن يُخرَج على ذلك ما يقع كثيراً من أنّ الأب يهب داراً لابنه، وهو ساكنٌ معه فيها بمتاعه. فلو أذن الأبُ ابنه بقبض متاعه وديعةً، وسجّل الدّار باسم ابنه بعد الهبة، وصرّح بأنّ كونه يسكُن الدّار بعد ذلك موقوفٌ على إذن الابن على سبيل العارية، وقبل ذلك الابن، ينبغي أن يُعتبر قبضاً كافياً لتمام الهبة، والله سبحانه أعلم.

١٧٥- القبض في الدّار المؤجرة

وإن كانت الدّارُ مؤجرة، يجوز للمالك بيعُها من غير المستأجر بإذن المستأجر، ولا يتحقّق التّسليم إلاّ بعد مضيّ مدة الإجارة. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "ويدخُل في الشّغل بحقّ لغير مالو كانت الدّار مأجورة، فليس للبائع مطالبةُ المشتري بالثّمن لعدم القبض." ثمّ نقل عن جامع الفصولين: "باع المستأجَرَ (يعني الدّار المؤجرة) ورضي المشتري أن لايفسخ الشّراءَ إلى مضيّ مدّة الإجارة، ثم يقبضه من البائع. فليس له مطالبةُ البائع بالتّسليم قبل مُضيّها، ولا للبائع مطالبةُ

= إشكال وهو أن يد المودَع يد المودِع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم." (بدائع الصنائع ٥: ١٧٨) ويمكن أن يجاب عن هذا الإشكال بأن يد المودَع ليست بيد المودِع من كل الوجوه، وبيده ردّها متى شاء. قال السرخسي رحمه الله تعالى: "والمعنى فيه أن المودَع متبرّع في حفظها لصاحبها والتبرّع لا يوجب ضمانا على المتبرّع للمتبرَّع عليه، فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى: يد المودَع كيد المودِع." (المبسوط للسرخسي أوائل كتاب الوديعة) وإنّ يد الواهب إنما تمنع تمام الهبة لأنها تمنع تمكن الموهوب له من التصرف في الموهوب، وإنما كان متاع الواهب بيد الموهوب له بصفة المودَع فإنه لايمنعه من التصرف ويمكن له أن يردّ متاع الواهب أين شاء.

www.besturdubooks.wordpress.com

المشتري بالثّمن، مالم يجعل المبيعَ بمحلِّ التسليم."[1]

أمّا إذا فسخ المستأجرُ الإجارة من البائع، وعَقَدها مع المشتري من جديد، فالظاهر أنّ القبض يتحقّق بعقد المشتري الإجارةَ مع المستأجر، لأنّه تصرّفٌ في المبيع من قِبَل المشتري، وهو يقوم مقامَ القبض. جاء في شرح المجلّة عن الخلاصة: "وإن كانت داراً فآجرها المشتري، إن سلّمها إلى المستأجر صار قابضاً، وإلاّ فلا."[2]

وهل تثبت هذه الإجارة الجديدة من المشتري اقتضاءً إن قال له البائع: "سلّمتُ إليك الدّار بأن تكون أجرتُها لك منذ اليوم، وقَبِل ذلك المستأجر؟ الظّاهر: نعم، لأنّ مثلَ ذلك يُعتبر قبضاً في عُرف المستغلّات. وقد ثبت في قوانين أكثر البلاد أنّ البائعَ إن باع داراً مؤجرةً وسجّلها باسم المشتري، فإنّ عقدَ الإجارة يتحوّل إلى المشتري بحكم القانون، فينفسخ عقدُ المستأجر مع البائع، وينعقد مع المشتري. وهذا دليل ثبوت الإجارة الجديدة اقتضاءً بحكم العرف. ويؤيّده ما في البدائع في مبحث خيار الشّرط:

"ولوكان فيها (أي في الدّار) ساكنٌ بأجر، فباعها البائع برضا المستأجر وشرط الخيارَ للمشتري، فتركه المشتري فيها، أو استأوى الغَلّةَ فهو إجازة، لأنّ الأجرةَ بدلُ المنفعة، فكان أخذُها دلالةَ قصد تملّك المنفعة، أوتقريرَ ملك المنفعة، وذلك قصدُ تملّك الدّار، أو تقرّر ملكه فيها، فكان إجازة."[3]

---

(۱) ردالمحتار، فصل فيما يدخل في البيع تبعا، ١٤: ٢٣٥ فقره ٢٢٥٦٥

(۲) شرح المجلّة للأتاسي مادة ٢٧٥ ج ٢ ص ٢٠٧

(۳) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

١٧٦- هل التسجيل في النظام العقاري يعتبر قبضا؟

وقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى صورة أخرى من قبض العقار، فقال: "يجب الانتباه اليوم إلى أنه في البلاد التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها كما في بلادنا (أي السورية) يعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسليم الكافي، ولوكانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر. ذلك لأن قيد السجل عندئذ يغني عن التسليم الفعلي، ويقطع علاقة البائع بالأرض فيصبح أجنبيا. وعلى هذا استقر اجتهاد محكمة النقض السورية. وإذا ظل بائع العقار شاغلاً له بعد التسجيل، وممتنعاً عن تفريغه وتسليمه، تنزع يده عنه بقوة القضاء، كما لو شغله غصباً بلا حق بعد التسليم. فيبقى هذا الحكم الفقهي (أي عدم اعتبار القبض إن كان العقار مشغولاً بملك البائع) بالنسبة إلى الأموال غير المنقولة مقصوراً على الأماكن التي ليس فيها سجل ونظام عقاريان من هذا القبيل."[١]

وقال في موضع آخر: "بعد وجود الأحكام القانونية التي تخضع العقود العقارية للتسجيل في السجل العقاري استقر الاجتهاد القضائي أخيراً لدينا على اعتبار التسليم حاصلاً بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري. فمن تاريخ التسجيل ينتقل ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع إلى عهدة المشتري، لأن تسجيل البيع فيه تمكين للمشتري أكثر مما في التسليم الفعلي، إذ العبرة في الملكية العقارية قانوناً لقيود السجل العقاري، لا للأيدي والتصرفات. وبتسجيل البيع لم يبق البائع متمكناً أن يتصرف في العقار المبيع

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢: ٧٠٦ (حاشية) طبع دار القلم

www.besturdubooks.wordpress.com

بعقدٍ آخر استناداً إلى وجوده في يده. وجميعُ الحقوق والدّعاوى المتفرّعة عن الملكيّة، كطلب نزْع اليد، وطلب الأجرة، وغير ذلك تنتقل إلى المشتري بمجرّد التّسجيل."[1]

وربّما يُعترض على ما ذكره الشّيخ الزرقاء رحمه الله تعالى أن التّسجيل العقاريّ لا يعدو من أن يكون مُثبتاً للملك قانوناً. أمّا القبض فشيءٌ زائدٌ على الملك. وقوله: "جميع الحقوق والدّعاوى المتفرعة عن الملكيّة، كطلب نزع اليد وطلب الأجرة وغير ذلك تنتقل إلى المشتري بمجرّد التّسجيل." اعترافٌ بأنّ المشتريَ يحتاج لنزع يد البائع إلى رفع الدعوى، وأنّ العقار مقبوضٌ بيد البائع، حتىّ بعد التّسجيل. وأجاب عنه الشّيخ رحمه الله تعالى بقوله: "بعد تسجيل العقار على اسم المشتري يستطيعُ المشتري قانوناً أن يقيمَ هذه الدعوى لنَزع يد البائع على العقار، ولو لم يكن بعدُ قد نقده الثّمن فعلاً، وتُنزع يدُ البائع قضاءً باعتبار أنّه ليس له علاقةٌ بالعقار...فلو لم يكن التّسجيل تسليماً للعقار المبيع في نظر القانون، لساغ للبائع أن يحبس العقار المبيع عن المشتري، ولو بعد الفراغ والتّسجيل مالم يدفع الثّمن. وهذا لم يقُل به أحد."[2]

ولكن فيما قاله الشّيخ رحمه الله تعالى نظرٌ من وجهين: الأوّل: أنّ القبضَ يتحقّق شرعاً بانتقال ضمان المبيع إلى المشتري. فالسؤال: إن سُجّلت عمارةٌ باسم المشتري، ولكن امتنع البائعُ من التّسليم الفعليّ وبقيت الدارُ مشغولةً بيد البائع، ثمّ هلكت قبل أن تتحقّق التّخليةُ فعلاً، فهل تهلك من مال المشتري؟ الظّاهر لا. وكذلك يُقال فيما استدلّ به الشّيخ رحمه الله تعالى من أنّ أحكام رهْن العقار تثبت

(١) المدخل الفقهيّ العام ٢: ٩٥٤ الباب التاسع، نظرية العرف

(٢) عقد البيع للشيخ مصطفى الزرقاء، ص ١١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

بمجرد التسجيل القانوني، وإن كان العقار باقياً بيد الرّاهن، فإنّه لا يعتبر رهناً مقبوضاً، بل يُعتبر رهناً غير حيازي، فلو هلك بيد الرّاهن، هلك من ماله، ولا يُضمن بالأقلّ من قيمته ومن الدّين كما يُضمن المرهون المقبوض (الرّهن الحيازي) عند الحنفيّة.

وثانيًا: يقع في كثير من البلاد أنّ العقار يُسجّل باسم غير المالك لأغراض ضريبيّة أو غيرها، وقد ذكرنا في مبحث بيع التّلجئة والعقود الصّوريّة أنّه قد يكون هناك عقدٌ صوريٌ غيرُ مقصود. وعقدٌ مستترٌ مقصود. وفي هذه الحالة لا يكفي التّسجيل لإثبات الملك شرعاً، فضلاً عن القبض، إذا عارضه دليلٌ أقوى للملك. وقدّمنا أنّ مبدأ الصّوريّة في العقود معترَفٌ به في عدّة أنظمة قانونيّة. يقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري:

"أمّا بالنسبة للمتعاقدين والوَرثة، فالعقد الصّوريّ لا وجود له، والعقدُ الحقيقيّ هو الّذي يسري في حقّهم بقدر ما تتوافر فيه شروطُ الصّحّة. ونحن في هذا إنما نطبّق مبدأ سلطان الإرادة، فالمتعاقدان قد أرادا العقد المستتر، لا العقد الظّاهر، فيلتزمان بما أراداه، لا بما لم يريداه. وهذا يتّفق مع ما تقضي به المادة ١٣٢١ من القانون المدنيّ الفرنسيّ من أنّ العقود المستترة لا تُنتج أثرَها إلاّ فيما بين المتعاقدين، وقد استقرّ الفقه والقضاء في فرنسا على ذلك. كما أنّ الفقه والقضاء في مصر قد سلّما بالمبدأ أيضاً دون نص، لاتّفاقه مع القواعد العامّة."[1]

فتبيّن بهذا أن مبدأ الصّوريّة يُعترف به في القانون فيما بين المتعاقدين، فكما يُمكن أن

---

(١) نظرية العقد للسنهوري ص ٨٣٥ و ٨٣٦ فقره ٧٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

يكون العقدُ صُورِيًا، يمكن أيضاً أن يكون التّسجيلُ صُورِيًا. واعترف القانون الإنكليزيّ بتصوّر المالك الصُّوريّ (ostensible owner) وهو الّذي سجّل العقار باسمه، ولكنّه ليس مالكاً حقيقيّاً(real owner) كما جاء في المادة ٤١ من قانون "انتقال الأملاك" (Transfer of Property Act 1882)

فالّذي يظهر أنه لاينبغي أن يُعتبر التّسجيل قبضاً ناقلاً للضمان في الفقه الإسلاميّ، إلاّ إذا صاحَبَتْه التّخليةُ بالمعنى الّذي ذكرناه فيما سبق، ومنه أن يكون العقار مستغَلاً بالإجارة، وعقد المشتري الإجارة مع المستأجر صراحةً أو اقتضاءً، كما أسلفنا، والله سبحانه أعلم.

١٧٧ – قبض المكيلات والموزونات

أمّاالمكيلات والموزونات، فإن بيعت مجازفةً، فحكمُها حكم المنقولات العدديّة، وسيأتي حكمُها إن شاء الله تعالى. أمّا إذا بيعت كيلاً أووزناً، ففي تحقّق قبضها خلاف. فقال الشافعيّة والحنابلة: لايتحقّق القبض إلاّ بكيله إن كان مكيلاً، ووزنه إن كان موزوناً.[١] وقال المالكيّة: قبضُه تفريغُه في أوعية المشتري، حتّى قال الدسوقي: "وأمّا إذا هلك حالَ تفريغه فيها، فضمانُه من البائع إن كان التّفريغ منه."[٢]

وقال الحنفيّة: يتحقّق القبضُ بمجرّد التّخلية، بمعنى أنّ الضّمان ينتقل إلى المشتري بمجرّد التّخلية، ولكن لايجوز للمشتري أن يبيعه إلاّ بعد الكيل أو الوزن. وذلك لما

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٠
(٢) الدسوقي على شرح مختصر خليل ٣: ١٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

رواه ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله."[١]

١٧٨- معنى جريان الصاعين

وكذلك لو اكتاله المشتري أواتّزنه من بائعه، ثمّ باعه مكايلةً أو موازنةً من غيره، لم يحلّ للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع به حتّى يكيله أويزنه، ولا يكتفي باكتيال البائع أو اتّزانه من بائعه، وإن كان ذلك بحضرة هذا المشتري الثّاني.[٢] وذلك لماروي عن جابر رضي الله تعالى عنه أن النّبيّ صلى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الطّعام حتّى يجري فيه الصّاعان: صاع البائع وصاع المشتري."[٣] وأُعِلّ هذا الحديث بمحمّد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، ولكنّه متلقّى بقبول المجتهدين.

والصّحيحُ أنّ مرادَ الحديث بجريان الصّاعين أن لا يبيعَ أحدٌ ما اشتراه حتّى يكتالَه، فيجب الكيلُ على البائع أوّلاً لنفسه إذا كان ابتاعه مُكايلة، ثمّ يجب الكيلُ على المشتري منه إذا ابتاعه مكايلةً كذلك، فتعدُّد الكيل إنّما هو باعتبار الصّفقتين. وليس مرادُ الحديث أن يجريَ الصّاعان في صفقة واحدة.

ويدلّ على هذا المعنى ما أخرجه البزّار عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلّم عن الطّعام حتّى يجريَ فيه الصّاعان: صاعُ البائع والمشتري، فيكون لصاحبه الزّيادة وعليه النقصان." ذكره الزّيلعيّ في نصب الرّاية، والحافظ ابن

---

(١) صحيح مسلم، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم ٣٨١٤

(٢) بدائع الصنائع، حكم البيع ٤: ٤٩٩

(٣) أخرجه ابن ماجه في التجارات، حديث ٢٢٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

حجر في الدّراية، وقال: إسناده جيّد.[١]

وهذا يدلّ على أنّ العلّة في النّهي عن بيع الطّعام حتّى يجريَ فيه الصّاعان، إنّما هو امتيازُ حقّ البائع من حقّ المشتري، وبالعكس. وذلك يحصُل بصاعٍ واحد، إذا كان بحضرة المشتري، وإنّما يجب تعدّد الصّاعين عند تعدّد الصّفقتين. وهذا مذهب الحنفيّة والحنابلة، خلافاً للشّافعيّة.[٢] والله أعلم.

ثم قد ذكر البابرتيّ في العناية[٣] ما ملخّصه أنّ مَن اشترى المكيلَ والموزون وأراد التّصرّف؛ فإنّ ذلك على أربعة أقسام:

الأوّل: أنه اشترى مُكايلةً وباع مكايلةً، فحينئذٍ يجرى فيه الصّاعان: صاع المشتري الأوّل لنفسه، وصاع المشتري الثّاني لنفسه؛ لأنّه يحتمل أن يزيد على المشروط، وذلك للبائع، والتّصرّف في مال الغير حرام، فيجب التّحرّز عنه.

الثّاني: أنّه اشترى مجازفةً، وباع كذلك. وحينئذٍ لا حاجةَ فيه إلى الكيل، لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار.

الثّالث: أنّه اشترى مكايلةً، وباع مجازفةً، وحينئذٍ يحتاج المشتري الأوّل إلى الكيل، ولا يحتاج الثّاني.

---

(١) أخرجه البزار كما في الكشف برقم ١٢٦٥. وانظر مجمع الزوائد: ٤: ٩٨ و ٩٩.

(٢) جاء في الهداية: "لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري، فقد قيل: لا يُكتفى به...والصحيح أنه يُكتفى به." (فتح القدير ٦: ١٤١) وجاء في المغني لابن قدامة: "وإن قال: خذه بهذا الكيل الّذي قد شاهدتَه، فأخذه به، صحّ، لأنّه قد شاهد كَيله وعلمه، فلا معنى لاعتبار كيله مرّةً ثانية. وعنه لا يُجزئ، وهو مذهب الشّافعيّ." (المغني ٤: ٢٢٢)

(٣) العناية للبابرتي مع فتح القدير ٦: ١٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الرّابع: أنّه اشترى مجازفةً، وباع مكايلةً، وحينئذٍ لا يحتاج المشتري الأوّل إلى الكيل، ويحتاج الثّاني.

ثمّ ليُعلَمْ أنّ ما ذكرناه من أنّ كيلَ البائع بحضرة المشتري يكفي عن اكتيال المشتري، إنّما هو فيما إذا كان الكيلُ بعد البيع، فأمّا قبلَ البيع، فلا، فقد صرّح ابنُ الهمام بأنّ الطّعام لوْ كيل بحضرة الرّجل، ثمّ اشتراه في المجلس، ثمّ باعه مكايلةً قبل أن يكتاله بعد شراءه، لا يجوز هذا البيع (يعني الثّاني) سواءٌ اكتاله المشتري منه أو لا؛ لأنّه لماً لم يكتلْ بعد شرائه هو، لم يكن قابضاً.(يعني في حكم جواز البيع، وإن كان قابضاً في حكم انتقال الضّمان كما أسلفنا عن الكاساني) فبيعُه بيعُ ما لم يقبض، فلا يجوز، راجع فتح القدير. وراجع أيضاً إعلاء السنن، باب النّهي عن بيع الطعام حتى يجريَ فيه الصاعان، تجد فيه بحثاً مبسوطاً في المسألة.[1]

ومال شيخُ مشايخنا محمّد أنورشاه الكشميري رحمه الله تعالى إلى أنّه لا يجبُ تعدّدُ الكيلين في الصّفقتين أيضاً. فلو اشترى رجلٌ طعاماً مكايلةً، واكتاله بحضرة رجلٍ يشاهده، ثم اشتراه ذلك الرّجلُ منه، كفاه عن إعادة الكيل؛ لأنّ المطلوبَ كونُ المبيع معلوماً، وقد حصل. نعم، إن كاله يُستحبّ له ذلك. فلا حاجة إلى تعدّد الكيل في الصّفقتين أيضاً، فكأنّ الشيخ رحمه الله حمل حديث ابن ماجه على الاستحباب.[2]

وما قاله الشّيخ رحمه الله تعالى موافقٌ لمذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى: قال ابن

---

(١) فتح القدير ٥: ٢٦٩، وإعلاء السنن ١٤: ١٧٦ إلى ١٨٢

(٢) وراجع باب الكيل على البائع والمعطي من بيوع فيض الباري، ٣: ٢٢٠

www.besturdubooks.wordpress.com

رشد رحمه الله تعالى:

"اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر، أو باع منه طعاماً على مكيلة ما، فأخبر البائع أو المسلم إليه المشتري بكيل الطعام، هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله، وأن يعمل في ذلك على تصديقه؟ فقال مالك: ذلك جائز في السلم، وفي البيع بشرط النقد، وإلا خيف أن يكون من باب الربا، كأنه إنما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن."[1]

ولاشك أن هذا أيسر الأقوال.

١٧٩- قبض العلب المعبأة

ثم قد شاع في عصرنا أن الموزونات تباع في علب معبأة مكتوب عليها وزنها، ومعنى ذلك أن البائع عبأها بعد وزنها، وكتب الوزن على العلب. وكذلك المكيلات، مثل الحليب، والأدهان، والبنزين، تباع معبأة في علب مكتوب عليها كيلها باللترات. وقد سبق جواز بيعها في بيان البيع على البرنامج، ولكن الناس يشترون هذه العلب، دون أن يزنوا أو يكيلوا ما فيها، ولا يمكنهم الوزن أو الكيل، لأن ذلك يحتاج إلى فك التعبئة، وفيه حرج شديد للبائع والمشتري كليهما. فهل يجوز مثل هذا البيع؟

أما على مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى، وقول لشيخ الأنور رحمه الله تعالى، فلا إشكال، لأن المشتري إن اعتمد على كيل البائع، جاز له أكله بدون إعادة الكيل، سواء أكان بحضرته أم بغيبته. وقال الشيخ الأنور رحمه الله تعالى: "وأما إذا كانت الصفقة

---

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٠٧

www.besturdubooks.wordpress.com

واحدةً، فلا حاجةَ إلى الكيل ثانيًا، بل كفاه كيلُ البائع، إن كان بحضرته عند صاحب الهداية، وعندي مطلقاً، إذا اعتمد عليه."[1]

ويمكن توجيهُه بأنَّ النَّهيَ في الحديث معلولٌ بعلّة الإفضاء إلى النّزاع، فإن اعتمد المشتري على وزن البائع انتفت العلّة، فانتفى الحكم.

وأمّا على قول جمهورالفقهاء الّذين أخذوا بظاهر الحديث، وأوجبوا أن يتّزن المشتري لنفسه أو يزنه البائع بحضرته، فيمكن أن يُقال في بيع هذه العُلب: إنّها بعد تعبئتها صارت عدديّةً، تُباعُ على الصّفقة عدداً. وأمّا الوزنُ المكتوبُ عليها، فليس لكونها تُباع وزناً، وإنّما لتميز صغيرها من كبيرها. وهذا كما أنّ الحيوانات، مثلَ الدّجاج والشّاة، عدديّةٌ بلا خلاف، ومع ذلك قد تُباع بعد الوزن، لا لأنّها وزنيّة، بل لمعرفة هزيلها من سمينها. فيمكن تخريجُ بيعِها على أنّها بيعت على الصّفقة مجازفة. وعلى هذا، فقبضُها يتحقّق بما يتحقّق به قبضُ العدديّات المنقولة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٨٠ – القبض من مخازن السّلع

وقد جرت العادة في الأسواق ببيع السّلع في المخازن، وتُسلَّم ألى المشتري وثائقُ تُثبت مِلكه في كمّيّة من السّلع المخزونة فيها. فهل يُعتبر القبضُ على الوثيقة قبضاً للمبيع؟ والجواب: أنّ وثائقَ السّلع المتداولة في السّوق على أقسام: فمنها ما يُمثّل مِلكَ الحامل في سلعةٍ معيّنة، بأن تكونَ السّلع معبّأةً في كرتونات مرقّمة، وكلٌّ

(١) فيض الباري ٣: ٢٢٠

كرتون له وثيقةٌ مكتوبٌ عليها رقْمُ الكرتون، وأنّ حاملها يحقّ له أن يتسلّم السلعة الّتي تمثّلها الوثيقةُ متى شاء، فحينئذٍ يُعتبر القبضُ على الوثيقة قبضاً للمبيع معنىً على أساس التّخلية.

ومنها ما لا يُمثّل ملكَ الحامل في سلعةٍ معيّنة، وإنّما تُعطيه حقّاً لتسلّم كمّية من سلعٍ غير معيّنة بالأرقام، موجودة في المخزن بكمّية كبيرة، وإنّ السّلعة المبيعة لاتتميّز من غير المبيعة إلاّ بعد التسلّم الفعليّ. فالقبضُ على وثائق السّلع الّتي يُقال لها "الأمر بالتّسليم" (Delivery Order) في هذه الصُّورة لايُعتبر قبضاً، لأنّها لاتُمثّل مبيعاً معيّناً. وذلك لأنّ المبيعَ إن لم يكن معيّناً، لاينتقل ضمانُ البائع إلى المشتري بتسليم الوثيقة فقط. فإن هلكت بعضُ السّلع الموجودة في المخزن، لايُمكن القطعُ بأنّ الجزءَ الهالك كان ممّا اشتراه المشتري، أو كان ممّا لم يشتره. والواجبُ على البائع أن يُعطيه الكمّيّة لمبيعة من الباقي بعد الهلاك. وعدمُ ضمان المشتري يدلّ على عدم قبضه للمبيع، لأنّ الضّمان يتبع القبض. فإن باعه المشتري إلى آخر، فإنّه من قبيل ربح ما لم يضمنه.

ونظراً إلى كثرة التّعامل فيما بين النّاس بهذا الشّكل، فقد زعم بعضُ النّاس تبريرَه على أساس أنّ إعطاءَ هذه الوثيقة تخليةٌ بين المبيع وبين المشتري، فينبغي أن يُعتبر قبضاً حكميّاً. ولكنّ الواقع أنّ التّخليةَ إنّما تُعتبر قبضاً حكميّاً إذا كان المبيعُ متعيّناً متميّزاً عن غير المبيع. أمّا التّخليةُ بدون التّعيين، فإنّه ليس تخليةً في الواقع، وإنّما هو حقٌّ للأخذ بعد التّعيين، وليس في حُكم القبض، لأنّه إن هلكت كمية بقدر كمية المبيع، والباقي في المخزن كمّيّةٌ أخرى مثلُها، وجب على البائع أن يُعطيَ المشتريَ منها، كما ذكر الشّلبيّ عن الجامع:

www.besturdubooks.wordpress.com

"في بيع قفيز من صُبرة إذا كال البائعُ منه قفيزاً بغير حضرة المشتري، فهلك أنّ البيع قائم يتعيّن فيما بقي."[١]

وإن لم يبق في المخزن شيئٌ، بطل البيع، ولا يهلك شيئٌ من مال المشتري.

وقد يُقال: إنّ العُرف قد جرى بتداول هذه الوثائق في السّوق، وأقرّه القانون. فينبغي أن يُعتبر القبضُ عليها قبضاً على الكمّية المذكورة فيها بحكم العُرف والقانون.

وإنّ هذاالاستدلال غير صحيح. وذلك لأنّ القانونَ لايعتبر وثيقةَ "الأمر بالتسليم" (Delivery Order)الّتي ليس فيها تعيينٌ للجزء المبيع) كافياً لنقل الملك إلى المشتري. فضلاً أن ينتقل به ضمانُ المبيع إلى المشتري. فإنّ المادّة ١٨ من قانون بيع المال السّائد والمبنيّ على القانون الإنكليزي يُصرّح بأنّ الملكَ لاينتقل إلى المشتري حتّى يتعيّن المبيع. وذُكرت في شرح هذا القانون عدّةُ قضايا حكمت فيها المحاكم الإنكليزية بأنّ الملك لاينتقل قبل التّعيين. ومنها ما يأتي:

"And the mere fact that an order for delivery is given by the seller to the buyer , and is lodged by the buyer with a warehouseman, who holds the specified larger stock out of which the goods sold are to be taken, is not sufficient to transfer the property to the buyer. Thus, where the ascertainment of the goods depends upon their being separated from the bulk by the seller or a third party, or the buyer, by their being severed, weighed or measured or some other process, no property can pass until this be done. A *pucca* delivery order may create estoppel between the vendor and the holder of the order, but the title in the goods would

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي، باب التولية، فصل بيع العقار قبل قبضه ٤: ٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

not pass till the goods are ascertained and appropriated."[1]

يعني: مجرد أن البائع أعطى الأمر بالتسليم للمشتري، وأنّ المشتريَ قد وضعها عند خازن المخزن الذي يوجد في حوزته الكمية الكبيرة التي يُستخلص منها الحصة المبيعة لايكفي لنقل الملك إلى المشتري. ولذا، فإنّه لو كان تعيين المبيع موقوفاً على فصله من الكمية الكبيرة، إما من قبل البائع أو المشتري أو شخص ثالث، بعزله بعد وزنه أو ذرعه أو بطريق آخر، لاينتقل الملك حتّى يُفعل ذلك. وإنّ "الأمر بالتسليم" الناضج يُنشئ "حق المنع"[2] (Estoppel) بين البائع وحامل الأمر، ولكنّ الملك لا ينتقل حتى تتعين البضاعة المبيعة.

فتبيّن بهذا أنّ القانون لايعتبر هذه الوثيقة قبضاً، و لانقلاً للملك، ولكن من جهة أخرى، يسمح القانون الرأسماليّ بالبيع بدون الملك، وبدون القبض، ومن هذه الجهة يسمحُ ببيع "الأمر بالتّسليم" (Delivery Order) لأنّ بيعَ ما لايملكه الإنسانَ جائزٌ عندهم. أمّا الشّريعة الإسلاميّة، فلا تُجيز بيع ما لايملكه الإنسان، أو بيعَ ما ليس في قبضه الحقيقيّ أو الحكميّ. فلا يجوز هذا البيع في الشّريعة الإسلاميّة.

غيرَ أنّنا قدّمنا أنّ عند الشّافعيّة قولاً في بيع ما لايتفاوت آحاده، مثل الحنطة، أنّه إن اشترى قفيزاً واحداً من الصُّبرة، فإنّ الشّراء يُعتبر لحصّة مُشاعة من الصُّبرة. قال جلال الدّين المحلّيّ رحمه الله تعالى في شرح المنهاج:

---

(١) Pollock and Mulla On the Sale of Goods Act, 1930, Section 18, p 176

(٢) المراد من "حق المنع" في القانون أن البائع إن أراد بيع تلك البضاعة إلى ثالث، فإنّ للمشتري منعه من ذلك على أساس هذه الوثيقة.

www.besturdubooks.wordpress.com

"ويصحّ بيعُ صاعٍ من صُبرةٍ تُعلم صيعانُها للمتعاقدين، وينزل على الإشاعة. فإذا علما أنّها عشرةُ آصُعٍ، فالمبيعُ عُشرها، فلو تلف بعضُها، تلف بقدره من المبيع."[1]

وعلى هذا القول، لو عُلمت الكمّيّةُ المجموعةُ في المخزن أنّها عشرةُ أطنانٍ مثلاً، وبيعت منها كمّيّةٌ، مثلُ طنٍّ واحدٍ، فإنّ الكمّيّةَ المذكورةَ على الوثيقة تُمثّل حصّةً مُشاعةً في مجموع ما في المخزن، ويُعتبر البيعُ أنّه بيعُ عُشر ما في المخزن. فلو هلك طنٌّ منه، فإنّه ينقُص قدرَ العُشر من الطّنّ المبيع. ولكنّه مشروطٌ بأن يعلم المتعاقدان مجموعَ الكمّيّة، وأن يتحمّل المشتري هلاكَ حصّته فيها. والعادةُ في أسواق السّلع أنّ المشتريَ لايعرف الكمّيّةَ المجموعة في المخزن، ولا يُعتبر المشتري ضامناً عند هلاك بعضها بقدر حصّته فيها. فلا تنطبق عليه هذه الجزئيّة.

وكذلك حكمُ شراء السّلع المخزونة بواسطة البورصات العالميّة.[2] وكثيرٌ من بياعات بورصات السّلع لايُقصد منها التّسليم والتّسلّم، وإنّما يُقصد بها المضاربات من خلال تذبذب أسعارها، وإنّ هذه العمليّات بالمقامرة أشبهُ منها بالبيوع الحقيقيّة، ولاشكّ في حرمتها.[3] ولكن قد يُقصد بها البيوع الحقيقيّة. وحينئذٍ لابدّ من توافر الشّروط الشّرعيّة

---

(١) شرح المنهاج للمحلّيّ مع القليوبي وعميرة ٢: ١٦١

(٢) البورصة كلمة معربة من الكلمة الإيطالية Bourse ومرادفها الأنكليزي Exchange وقد يقال لها بالعربية "المثابة" أو "الندوة المالية" وهي عبارة عن إدارة للسماسرة تنظم عمليات التجارة في السلع أو أسهم الشركات أو النقود والأوراق المالية. راجع لتاريخها دائرة المعارف للبستاني ٥: ٦٧٩

(٣) وقد ذكرت بعض أقسام هذه العمليات في بحثي على "عقود المستقبليات في السلع" انظر "بحوث في قضايا فقهية معاصرة" للمؤلف ١: ١٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

في ذلك. ومنها أنّ المشتريَ من تلك المخازن لايجوز له أن يبيعها إلى آخر حتى يقبضها بالطّريق الذي ذكرناه.

١٨١ـ قبض العديات

أمّا العدديات، فالشّافعيّة والمالكيّة يشترطون العدّ لتمام القبض،[١] كما يشترطون الكيلَ في المكيلات، والوزنَ في الموزونات. أمّا الحنفيّة، فيكفي عندهم التّخلية،[٢] وكذلك المكيلاتُ والموزوناتُ الّتي بيعت مجازفة، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى. وذكر ابنُ قدامة من مذهب الحنابلة أنّ مجرّد التّخلية لايُعتبر قبضاً حتى تُنقل من مكانها، وكذلك الحكمُ في ما بيع مجازفة.[٣] واستدلّوا في ذلك بما أخرجه مسلم في صحيحه عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما قال: "كنّا نشتري الطّعامَ من الرُّكبان جُزافاً، فنهانا رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم أن نبيعه حتّى ننقُلَه من مكانه."[٤] ولكنّ المختارَ عند الحنابلة أنّ القبضَ في العدديّات يحصُل بالعدّ كما هو مذهبُ الشّافعيّة والمالكيّة. فقال البهوتي: "فلا يُشترط نقلُه"[٥] وقال في شرح منتهى الإرادات: "ولايُعتبر نقلُه بعد."

والّذين لايرَون نقلَ المبيع شرطاً لتمام القبض، مثلُ الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة،

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٧٨ والشرح الكبير للدرديرمع الدسوقي ٣: ١٤٤

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٩٩

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٤) صحيح مسلم، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض حديث ٣٨١٩

(٥) كشاف القناع ٣: ٢٣٤ وشرح منتهى الإرادات ٢: ١٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

والحنابلة في قولهم المختار، فإنهم فسّروا حديثَ ابن عمر رضي الله عنهما بأنّ النّقل المذكور فيه عبارةٌ عن القبض، بدليل أنّه قد وقع في رواية سالم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال:

"رأيتُ الّذين يشترون الطّعام مجازفةً يُضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلّم أن يبيعوه، حتّى يُؤووه إلى رحالهم."[1]

ولا يشترط أحدٌ لتمام القبض أن يذهب المشتري بالمبيع إلى بيته. ولذا قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى: "الإيواء إلى الرّحال خرج مخرج الغالب."[2] وقال العينيّ رحمه الله تعالى: "الإيواء المذكور فيه عبارةٌ عن القبض."[3] وقد ثبت في رواية عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهم "من ابتاع طعاماً، فلا يبعه حتى يقبضه" وفي رواية نافع عنه: "فلا يبعه حتى يستوفيه."(كلاهما عند مسلم) فظهر أنّ المقصود هو القبضُ والاستيفاء، والنّقلُ غيرُ مقصودٍ بذاته، ولعلّ التّأكيدَ على النّقل كان للتثبّت في بداية الأمر، كي يتعوّدوا بالتأكّد من القبض الحقيقيّ، والله سبحانه أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، حديث ٢١٣١ وهذا اللفظ له. وأخرجه مسلم أيضاً، حديث ٣٨٢٢

(٢) فتح الباري ٤: ٣٥٠

(٣) عمدة القاري ١١: ٣٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

١٨٢ - قبض النقود

كانت الدراهمُ المتخذة من الفضة، والدنانيرُ المتخذة من الذهب تُعتبر من الموزونات. فأمّا النّقودُ الرّائجة اليوم، سواءٌ أكانت في صورة عُملة معدنيّة من غير الذّهب والفضّة، أم كانت في صورة النّقود الورقيّة، فإنّها تُعتبر من العدديّات، فتجري عليها أحكامُها في تحقّق القبض، ولكن لها أحكامٌ تخصّها، وخاصّةً بعد شيوع التّعاملات بواسطة البنوك. وإنّ تسليمَ النّقود وتسلُّمها بواسطة البنوك له صورٌ مختلفة نذكرها إن شاء الله تعالى في أحكام الثّمن والطّرق المختلفة لدفعه. والله سبحانه هو الموفّق للصّواب.

١٨٣ - هل يكفي القبض السابق على المبيع؟

كلُّ ماذكرنا من أحكام القبض يتعلّق بما إذا كان المبيعُ في يد البائع عند العقد. وقد يكون المبيعُ بيد المشتري قبل العقد، فهل يجب عليه تجديدُ القبض بعد شراءه من المالك؟ فيه خلاف. فقال المالكيّة والحنابلة: يكفي قبضُه السّابق، ولايحتاجُ إلى قبضٍ جديد، سواءٌ أكان القبضُ السّابقُ قبضَ أمانة أم قبضَ ضمان، لأنّه مقبوضٌ بيده من قبل، فلاداعي لشيئٍ جديد. فإن كان السّابقُ قبضَ ضمان، مثل أن يكون القابضُ غصبه من المالك، ثمّ اشتراه منه، فلا يتغيّر الحكم، لأنّه لايزالُ مضموناً عليه. وإنّما يتغيّر الحكمُ فيما إذا كان السّابقُ قبضَ أمانة، مثلُ الوديعة، حيث يصيرُ بعد البيع قبضَ ضمان، ولايحتاجُ هذا التّغيّرُ إلى قبضٍ جديد، إذ يمكن تغيّرُ الحكم مع استدامة القبض السّابق، كما لو كان المقبوضُ وديعةً لديه، غير مضمون عليه، ثمّ طلبه المودِعُ

www.besturdubooks.wordpress.com

بردّ الوديعة، فجحدها، صار مضموناً عليه وتغيّر الحكمُ بدون قبض جديد.[١]

أمّا الشّافعيّة، فاختلفت أقوالهم في المسئلة. و ذكر النّوويّ رحمه الله تعالى ما يُوافق المالكيّة والحنابلة من أنّ المبيعَ يُعتبر مقبوضاً للمشتري بمجرّد البيع، ثمّ قال: "ولايحتاج إلى إذنٍ في القبض. وهل يُشترط مُضيُّ زمانٍ يتأتّى فيه القبض إذا كان المبيعُ غائباً عن مجلس العقد؟ فيه وجهان."[٢] والّذي ذكره المتأخّرون من الشّافعيّة أنّه إن كان غائباً عن مجلس العقد، يُشترط مضيُّ مدّة يتمكّن فيها المشتري من القبض، ولكن لايجب تجديدُ القبض، لأنّه في قبضه حقيقةً.[٣]

وقال الحنفيّة: إنّ يدَ المشتري قبل البيع إن كان يدَ ضمانٍ بنفسه، مثل أن يكون يدَ غصبٍ، يصيرُ المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد، ولايحتاجُ إلى تجديد القبض، لأنّ المغصوب مضمونٌ بنفسه، والمبيعُ بعد القبض مضمونٌ بنفسه، فتجانس القبضان، فناب أحدُهما عن الآخر، لأنّ التجانس يقتضي التّشابُه، والمتشابهان ينوبُ كلٌّ واحدٍ منهما منابَ صاحبه ويسُدّ مسدّه، سواء كان المبيعُ حاضراً أوغائباً، لأنّ يدَ الغاصب في الحالين يدُ ضمانٍ.

أمّا إذاكان يدُه يدَ ضمانٍ لغيره، كيد الرّهن، بأن باع الرّاهنُ المرهونَ من المرتهن، فإنّه لايصير قابضاً إلاّ أن يكون الرّهنُ حاضراً، أو يذهبَ إلى حيثُ الرّهنُ، ويتمكّنَ من قبضه، لأنّ المرهونَ ليس بمضمونٍ بنفسه، بل بغيره وهو الدَّين. والمبيعُ مضمونٌ بنفسه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٧٢ ومثله مذهب المالكية، وراجع له شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكّام ١: ١٧٦

(٢) المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٨١

(٣) مغني المحتاج ٢: ١٢٨ وفتح العزيزللرافعي بهامش المجموع ١٠: ٦٥ و ١٠: ٧١

www.besturdubooks.wordpress.com

فلم يتجانس القبضان، فلاينوب أحدهما عن الآخر.

وكذلك إن كانت يدُ المشتري يدَ أمانة، كيدِ الوديعة والعارية، لايصير قابضاً إلا أن يكونَ بحضرته. أو يذهبَ إلى حيثُ يتمكّنُ من قبضه بالتخلّي، لأنّ يدَ الأمانة ليست من جنس يد الضّمان فلا يتناوبان.[١]

وتبيّن ممّا ذكرنا أنّ القبضَ الجديدَ في صورة يد الأمانة إنّما يُشترط عند الحنفيّة فيما إذا كان المبيعُ غائباً عن مجلس البيع. فإن كان حاضراً بيد المشتري، فإنّ القبضَ يتحقّق فوراً. ويؤيّده ما أخرجه البخاريّ من حديث عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، قال:

"كنّا مع النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم في سفر، فكنتُ على بَكْرٍ صعْبٍ لعمر، فكان يغلبني فيتقدّم أمامَ القوم فيزجُره عمر ويردّه، ثمّ يتقدّم فيزجُره عمر ويردّه، فقال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم لعمر: "بعنيه". قال: هو لك يا رسول الله! قال: "بعنيه". فباعه من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم. فقال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "هو لك يا عبدَ الله بن عمر! تصنعُ به ما شئت."[٢]

فكان عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قابضاً للجمل قبض أمانة، لأنّه كان استعارَه من أبيه، ثمّ لمّا وهبه رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم، صار قبضُه قبضَ ضمان بصفته مالكاً. ولم يزل راكباً عليه بكلتا الصّفتين، دون أن يُجدّد القبض، لأنّه لم يكن هناك اشتباهٌ في تميّز قبض الضّمان من قبض الأمانة.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٠٤

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث ٢٠٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا إذا كان المبيعُ غائباً، فيشترط الحنفيّةُ القبضَ الجديد، بأن يُحضِر المبيعَ إلى مجلس العقد، أو يذهبَ المتبايعان إليه، ويحصُلَ التّخلّي بينه وبين المشتري، بينما المالكيّةُ والحنابلةُ لايشترطون ذلك. ويشترط الشّافعيّة (في قول) أن تمضيَ مدّةٌ يتمكّن فيها المشتري من القبض الجديد. وثمرةُ الخلاف تظهر فيما إذا كان المبيعُ غائباً عن مجلس العقد، ثمّ هلك بدون تعدٍّ من المشتري قبلَ أن يُحضَر إلى مجلس العقد، أو يذهبَ المتبايعان إليه. فبما أنّ القبضَ حصل بمجرّد عقد البيع عند المالكيّة والحنابلة، فإنّه يهلك من مال المشتري. وعند الحنفيّة يهلك من مال البائع، لأنّه كان بيد المشتري أمانةً، ولم يتحقّق القبض الجديدُ الّذي ينتقل به ضمانُه إلى المشتري. أمّا عند الشّافعيّة، فإن مضت مدّةٌ يتمكّن فيها المشتري من القبض الجديد، يهلك من مال المشتري، وإلاّ فمن مال البائع.

والّذي يظهر أنّ مقصودَ الحنفيّة أن تتميّز يدُ الأمانة من يد الضّمان، وتتبيّنَ النّقطةُ الّتي ينتقل فيها ضمانُ المبيع إلى المشتري، فلو هلك المبيعُ قبل أن يقبضَه المشتري من جديد، فإنّه يمكنُ أن يُثير النّزاع بأن يقولَ المشتري إنّه هلك من مال البائع، لأنّه كان بيدي أمانةً، ولم أقبضها بعد البيع، ويقولَ البائع إنّه هلك من مال المشتري، لأنّه تمّ عقد البيع. والمقصودُ من اشتراط القبض الجديد في صورة الرّهن أن تتميّز نوعيّةُ الضّمانين، وأن تتبيّن النّقطة الّتي تتغيّر منها نوعيّةُ الضمان. فالمرهونُ عند المرتهن مضمونٌ بالأقلّ من قيمته ومن الدّين، بمعنى أنّه إن هلك في يد المرتهن، سقط الدّينُ بذلك المقدار، وإن كانت قيمتُه أكثرَ من الدّين لايضمن المرتهنُ الزّيادة، فضمانُ المرهون ليس كاملاً. أمّا ضمانُ المبيع بعد القبض، فضمانٌ كامل. فلو هلك عند المشتري بعد القبض، فإنّه هو

www.besturdubooks.wordpress.com

الّذى يتحمّل الخسرانَ بكامله، فلابدّ من تعيين النّقطة الّتى يتغيّر منها الضّمان من النّاقص إلى الكامل، فإنّه إن هلك المبيعُ قبل القبض الجديد، يمكن أن يُثير النّزاعَ فى نوعيّة الضّمان: هل هو مضمونٌ بنفسه أو بالدّين كما أسلفنا.

ومن هٰنا يظهر أنّ المهمّ هو تبيّنُ نقطة انتقال الضّمان بالتّخلية. ولذا قالوا "يذهبُ إلى حيثُ يتمكّنُ من قبضه بالتّخلّي". فالظّاهر فى البيوع الّتى تتمّ فيما بين المتباعدين، ويتعذّرُ تجديدُ القبض حسّاً، كما هو الحالُ فى التّجارة الدّوليّة اليوم، أنّ المقصودَ يحصُل بتعيين نُقطة انتقال الضّمان بنصٍّ فى العقد أنّ المشتريَ يُعتبرُ قابضاً منذ تلك النُّقطة بقبضٍ جديد. والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٨٤- الباب الثانى

فى

أحكام الثّمن و مايُشترط فيه

بعد الفراغ من أحكام البيع الّتي تتعلّق بالمبيع وشروطه، ننتقل الآن إلى أحكام الثّمن. وإنّ أحكام الثّمن الّتي نريد أن نذكرها في هذا الباب على ثلاثة أقسام: الأول: شروطُ كون الشّيئ ثمناً في البيع. والثّاني: الطّرقُ المختلفة لدفع الثّمن، وما تبرأ به ذمّةُ المشتري، وما يُعتبر قبضاً للثّمن من قبل البائع. والثّالث: هل تتعيّن النّقود بالتّعيين في العقود؟ وبالله سبحانه التّوفيق.

١٨٥ – شروط كون الشّيئ ثمناً

أمّا الشّروط الّتي يجب أن تتوافر في الثّمن، فهي ما يأتي:

الشّرط الأول: ماليّة الثّمن

فالشّرط الأوّل في الثّمن أن يكون مالاً متقوّماً شرعاً. وكلُّ ماذكرنا في ماليّة المبيع

www.besturdubooks.wordpress.com

وتقوّمه يجري في ماليّة الثّمن أيضاً. فإن كان الثّمنُ والمبيعُ كلاهما عروضا سُمّيَ "مُقايَضَةً"، ويُشترط لجوازه أن لايستلزم الرِّبوا. وسيأتي الكلامُ عليه في باب مستقلّ إن شاء الله تعالى. وإن كان كلاهما نقداً سُمّي صَرفاً، وسيجيئ حكمُه في باب الصّرف إن شاء الله تعالى.

١٨٦ – الشّرط الثاني أن يكون الثّمن معلوماً

والشّرط الثّاني هو معلوميّة الثّمن، وهو من شرائط الصحّة، دون الانعقاد عند الحنفيّة، فالبيعُ فاسدٌ إن كان الثّمنُ مجهولاً، سواء أكانت الجهالةُ في جنسِ الثّمن، أم في تعيينه أم في قدره، كما بيّنّا في المبيع. والدّليلُ على فساد البيع بجهالة الثّمن أنّ فيه غرراً، وقد نهى النّبيّ الكريمُ صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الغرر. وقدّمنا في شروط المبيع (الشّرط الخامس) تعريف الغرر وما يتضمّنه هذا الاصطلاح، وذكرنا هناك أنّ جهالةَ الثّمن نوعٌ من أنواع الغرر. وكذلك يدلّ عليه حديثٌ آخر أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين في بيعة. أخرجه الترمذيّ والنّسائيّ عن أبي هريرة رضي الله عنه[1]. وقال الترمذيّ: "حديث حسن صحيح". ورواه مالك بلاغاً. وقال الإمام الترمذيّ رحمه الله تعالى في تفسيره:

"وقد فسّر بعضُ أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثّوب بنقدٍ بعشرة، وبنسيئةٍ بعشرين، ولايفارقه على أحد البيعتين، فإن

(١) سنن النسائي، كتاب البيوع، باب ٧٣ حديث ٤٦٣٦ وجامع الترمذي، كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٢٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

فارقه على أحدهما فلابأس، إذا كانت العقدةُ على أحدٍ منهما."[١]

فعلة الفساد في "بيعتين في بيعة" أنَ الثَّمنَ متردِّد، ولم يجزم به العاقدان عند العقد.

١٨٧- وقتُ كون الثمن معلوماً

ثمَ هُناك اختلافٌ بين الإمام أبي حنيفة والجمهور، (ومنهم صاحباه، رحمهم الله تعالى)، في وقت كون الثَّمن معلوماً، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب أن يكون الثَّمنُ معلوماً عند العقد. وذهب الجمهورُ إلى أنَ العقدَ يصح إذا كان الثَّمنُ يؤول إلى علم، وإن لم يكن مقدارُ الثَّمن معلوماً عند العقد.

وعلى هذا لو قال البائع: "بعتُ منك هذه الصُّبرةَ من الحنطة، كلُّ قفيزٍ منها بدرهم" ولم يُسمِّ جملة قفزانها، لم يجز البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلاّ في قفيز واحد منها بدرهم، فيصحُ البيع في هذا القفيز الواحد فقط. ولكن له الخيار إن شاء أخذ[٢] القفيز بدرهم، وإن شاء ترك. ولايجوز في الباقي، إلاّ إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق، بأن كالها، فله الخيار. وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرّر الفساد.

وعند أبي يوسف ومحمّد رحمهماالله تعالى يلزمه البيع في كلّ الصُّبرة، كلُّ قفيز منها

---

(١) جامع الترمذي: كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٢٣١

(٢) والظاهر مما نقله الكاساني في البدائع أن البيع لازم في القفيزالواحد ولاخيارللمشتري عندأبي حنيفة، ولكن ذكرالمتأخرون أن له الخيار في هذه الصورة أيضا، لتفرق الصفقة عليه، وسمّوه "خيارالتكشف" كمافي الدرالمختار. ولكن الظاهر من كلام ابن عابدين رحمه الله تعالى أنه رجح ماجاء في البدائع من أن البيع لازم على المشتري ولاخيارله فيه. (راجع ردالمحتار ١٤: ١٤٥).

www.besturdubooks.wordpress.com

بدرهم، سواءٌ أعلم مقدارَ جملة الصُّبرة أم لم يعلم. وهو قول الإمام مالك والشافعيِّ وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى، كما في المغني[1] وثمرةُ الخلاف تظهر في أمرين: الأول: أنّه لو كال في المجلس، وعلِم جُملة القفزان، لزمه البيعُ عند الصّاحبين والجمهور.

أمّا عند أبي حنيفة، فللمشتري الخيارُ: إن شاء أخذ الصُّبرة، وإن شاء تركه. والثّاني: أنّه إن كيلت الصُّبرة بعد الافتراق، فالظّاهرُ من مذهب أبي حنيفة أنّه يحتاجُ إلى عقدٍ جديد بتراضي الطرفين، فلايُجبرُ البائع على البيع، ولا المشتري على الشّراء. والبيعُ عند الصّاحبين والجمهور لازمٌ على الطّرفين.

وجهُ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ الثّمن لايكون معلوماً حتّى يُسمَّي جملة القفزان، فالصُّبرة يمكن أن تتعيّن وتُعرف بالإشارة، فيجوز بيعُها إن سمّي للجُملة ثمناً واحداً. ولكن حينما قال: "كلُّ قفيز بدرهم" صار قدرُ الثّمن مجهولاً، فلم يجُز البيعُ في الجملة، غير أنّ القفيزَ الواحد معلومٌ قدرُه وثمنُه، فانعقد البيع في ذلك القدر. فإن صار قدرُ الجملة معلوماً قبل افتراق المجلس، فللمشتري الخيار، لأنّه عَرف الثّمن الآن، فيحتاجُ إلى نظرٍ جديد، لأنّه قد يُقدّر الصُّبرةَ أقلَّ من الواقع، فيرضى بثمن المجموع، ولكن يتبيّن له بعد الكيل أنّ قدرَ الصُّبرة أكثرُ ممّا كان يتوقّع، وأنّه يجب عليه ثمنٌ أزيد ممّا كان رضي به، فيفوت رضاه.

وقال أبويوسف ومحمد رحمهماالله تعالى والأئمّةُ الثّلاثة: إنّ جملةَ المبيع معلومةٌ بالإشارة، وجملةُ الثّمن ممكنُ الوصول إلى العلم بالكيل، فكانت هذه الجهالةُ ممكنةَ

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الرّفع، ومثلُ هذه الجهالة لاتمنع صحّةَ البيع، كماإذا باع بوزنِ هذاالحجر ذهباً. وأجاب عنه أبوحنيفة رحمه الله تعالى بأنّ الجهالةَ موجودةٌ عند العقد إلى أن ترتفع، وإن ارتفعت في المجلس انقلب العقد إلى الجواز، والبيعُ بوزنِ هذاالحجر ذهباً ممنوعٌ أيضاً عند أبي حنيفة، فلايتمّ به الإلزام.(١)

وعلى هذا الخلاف جميعُ المثليّات من المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديّات، فإن كان جملةُ الثّمن مجهولةً عند العقد، لايصحّ البيع عند أبي حنيفة في الجملة، ويصحّ عندهم. غير أنّ الإمام أباحنيفة يجوّز البيع في وحدة واحدة في المكيلات والموزونات والعدديّات المتقاربة فقط. أمّا في المذروعات أوالعدديّات المتفاوتة، فيفسُد عنده البيع في الكلّ. فإذا قال: بعتُ منك هذا الثّوب أو هذه الأرض أو هذه الخشبة كلُّ ذراعٍ منها بدرهم، ولم يُسمّ جملة الذُّرعان، أو قال: بعت منك هذاالقطيعَ من الغنم، كلُّ شاةٍ منها بعشرة دراهم، ولم يُسمّ جمُلة الشِّياه فسد البيع في الكلّ. لأنّ في المذروعات ربمّا لايرضى المشتري بذراع فقط، وفي العدديّات المتفاوتة إذا أجزنا البيع في واحد، فتعيينُ ذلك الواحد يُفضي إلى النّزاع، فلاسبيل إلى جواز البيع في وحدة واحدة. فالبيع فاسد في الكلّ. وكذلك الأصحّ من مذهب أبي حنيفة أنّ المشتري لو علم جملة الذّرعان أو جملة الشِّياه في المجلس لاينقلب العقد صحيحاً. فيحتاج إلى عقد جديد، ويكفي التّعاطي لهذاالعقد الجديد، كما في الدّر المختار وردّالمحتار.

ثمّ هذا أصل مذهب أبي حنيفة، ولكنّ المتأخرين من الحنفيّة اختاروا قول

(١) هذا ملخص مافي بدائع الصنائع ٤: ٣٥٩ و٣٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الصاحبين للفتوى، كما في الدّرالمختار. وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "(قوله وبه يُفتى) وعزاه في الشّرنبلالية إلى البرهان، وفي النّهر عن عيون المذاهب: وبه يُفتى لا لضعف دليل الإمام، بل تيسيراً اهـ وفي البحر: وظاهرُ الهداية ترجيحُ قولهما لتأخيره دليلَهما، كماهو عادته اهـ قلت: لكن رجّح في الفتح قولَه وقوّى دليله على دليلهما، ونقل ترجيحه أيضاً العلاّمة قاسم عن الكافي والمحبوبيّ والنّسفيّ وصدرالشّريعة، ولعلّه من حيثُ قوّةُ الدّليل، فلايُنافي ترجيحَ قولهما من حيثُ التّيسير. ثم رأيتُه في شرح الملتقى أفاد ذلك، وظاهره ترجيحُ التّيسير على قوّة الدّليل."[1]

١٨٨- البيع بالرّقم

وتحدّث الفقهاء في هذاالمجال عن البيع بالرُّقم. والرَّقْمُ علامةٌ يُعرف بها مقدارُ ما وقع به البيعُ من الثّمن.[2] وكان البائعُ ربمّا يقول: بعتُك هذا الشّيئ برقْمه، يعني بالثّمن الّذي يظهرُ بالعلامة الموجودة على المبيع، لايعلمُ المشتري معناها عند العقد. وهذاالبيعُ غيرجائز عند معظم الفقهاء، إلاّ إذا علم المشتري الثّمنَ في المجلس فيُخيّر. وليس معناه أنّ العقد ينقلب جائزاً، بل المقصود أنّه يحتاج إلى عقد جديد بالتّراضي، ولو بالتّعاطي. قال الإمام شمس الأئمة الحلوانيّ رحمه الله تعالى: "وإن علم بالرّقم في المجلس، لاينقلب ذلك العقدُ جائزاً، ولكن إن كان البائع دائماً

(١) ردالمحتار ١٤: ١٤٩و١٥٠

(٢) ردالمحتار ١٤: ١٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

على الرِّضا، فرضيَ به المشتري ينعقد بينهما عقدٌ ابتداءً بالتّراضي."[1]

أمّا إذا علم المشتري معنى الرّقم عند العقد، وعلم به مقدارَ الثمن، كما هو المعروف في زماننا من أنّ الثّمنَ يكونُ مكتوباً على المبيع، ويعرفه المشتري، فلاخلافَ في جواز البيع، لأنّ الثّمن معلوم. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "قال أحمد: ولابأس أن يبيع بالرّقم ومعناه أن يقول: بعتُك هذا الثّوب برقمه، وهوالثّمنُ المكتوبُ عليه إذاكان معلوماً لهما حالَ العقد. وهذا قولُ عامّة الفقهاء، وكرهه طاوس...فإن لم يكن معلوماً لهما، أولأحدهما، لم يصحَّ، لأنّ الثّمن مجهول."[2]

١٨٩- البيع بسعر السّوق

اذاعقد المتبايعان البيعَ على سعر السُّوق، فإن كان معلوماً لهما عند العقد، فلا إشكالَ في جوازه. وأمّا إذالم يكن معلوماً لهما عندالعقد، ففيه كلام. وأصلُ المذهب عند الأئمة الأربعة أنّه لايجوز،إلاّ إذا علم المشتري بالقدر في المجلس ورضيَ به.[3] ولكن هناك وجهٌ في مذهب الشافعيّة، حكاه النّوويّ قال: "وحكى الرّافعيّ وجهاً ثالثاً أنّه يصحّ مطلقاً، للتّمكن من معرفته، كما لوقال بعتُ هذه الصُّبرة، كلُّ صاع

(١) فتح القدير ٥: ٤٧٤

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٤

(٣) ردالمحتار ١٤: ١٠٥ ما يُبطل الإيجاب، والمجموع شرح المهذب ٩: ٣٣٣ والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٥ وكشاف القناع ٣: ١٦٣ وشرح منتهى الإرادات ٢: ١٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بدرهم، يصح البيع وإن كانت جملة الثمن في الحال مجهولة. وهذا ضعيف شاذ."[1]

وكذلك هناك رواية عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى في جواز البيع بما ينقطع عليه السعر، ذكره المرداوي رواية عنه، وقال: اختاره الشيخ تقي الدين.[2] كذلك ذكر ابن القيم رحمه الله تعالى أنه منصوص عن الإمام أحمد، وهو الذي اختاره شيخه ابن تيمية رحمهم الله جميعا. وإن ابن القيم رحمه الله تعالى حينما أجاز هذا البيع لم يفرق بين ما يتغير أسعاره وبين مالايتغير سعره، فإنه ذكره في مسئلة بيع الاستجرار، وذكر فيه ارتفاع الأسعار وانخفاضه.[3]

أما المتأخرون من الحنفية، فأجازوا البيع بسعر السوق فيما لاتتفاوت آحاده، ولايتغير سعره لآحاد الناس. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "ومما لايجوز البيع به البيع بقيمته أو بما حل به، او بما تريد أو تحب، أو برأس ماله، أوبما اشتراه، أوبمثل مااشترى فلان، لايجوز... وكذا لايجوز بمثل ما يبيع الناس، إلا أن يكون شيئاً لايتفاوت كالخبز واللحم."[4] وهو الذي حكاه ابن عابدين عن صاحب النهر، قال: "ومنه (أي ممالايجوز) أيضاً مالو باعه بمثل مايبيع الناس، إلا أن يكون شيئاً لايتفاوت."[5]

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩: ٣٣٣ وليتنبه أنه لم يذكر البيع بسعرالسوق صراحة، ولكن قال: "ولوقال بعتك هذه السلعة برقمها أي بالثمن الذي هو مرقوم به عليها، أوما باع به فلان فرسه أوثوبه..." والظاهر أنه ينطبق على سعر السوق أيضا.

(٢) الإنصاف للمرداوي، مدخل كتاب البيوع ٤: ٢٢٤

(٣) إعلام الموقعين ٤: ٧و ٨

(٤) فتح القدير مع الكفاية ٥: ٤٦٧

(٥) ردالمحتار ١٤: ١٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

والحاصلُ: أنّ الأشياءَ على قسمين: قسمٌ تتفاوت أسعاره بتفاوت الآحاد، ولايمكن تحديدُ سعرها بمعيارٍ منضبطٍ معلوم، فمن التجّار من يبيعه بعشرةٍ مثلاً، ومنهم من يبيعه بأقلّ أوأكثر، وحينئذٍ لايجوز البيعُ بسعر السّوق، لأنّ سعر السّوق، إن لم يكن معلوماً للمتبايعين عند العقد في مثل هذه الأشياء، اصطلاحٌ غير مستقرّ، فيبقى الثّمن مجهولاً بجهالة فاحشةٍ تُفضي إلى النّزاع.

والقسم الثّاني للمبيعات: هو الّذي لاتتفاوت آحاده، ولاتتفاوت أسعارُه فيمابين الآحاد، وإنّها تنضبط بمعيارمعلوم يعرفه المتعاملون، ولايحتمل أن يقع الخطأ أوالنّزاع في تطبيقه. فالبيعُ بسعرالسّوق في هذاالقسم جائز، لأنّ ذكر مثل هذاالمعيارالمنضبط يقوم مقام ذكرالثّمن، فليس فيه جهالةٌ تُفضي إلى النّزاع. ويبدو أنّ هذاالقولَ أعدلُ وأوفقُ بالقواعد. وهناك أشياءُ تتغيّر قيمتُها كلَّ يوم، بل كلَّ ساعة في بعض الأحوال، مثل الذّهب والفضّة وأسهم الشّركات، ولكنّها منضبطةٌ لاتتغيّر بتغيّر التّجار، وقيمتُها مسجّلةٌ حسبَ الأوقات. فلو بيعت هذه الأشياءُ بسعر السّوق، فلابدّ من ذكر وقت التّقييم عند العقد، والله سبحانه أعلم.

١٩٠- تعيين الثّمن على أساس التّعامل السّابق بين العاقدين

ربّما يشتري المرأ من البائع أشياء مرّةً بعد أخرى، ويتعيّن الثّمنُ بينهما عند أوّل شراء، وحينئذٍ لايحتاجان لبيان الثّمن في كلّ مرّة، بل يكون الثّمنُ ما وقع عليه التّعاملُ بينهما، ويجوز أن تكون العقود الآتيةُ مبنيّةً على أساس التّعامل، ويسري مفعوله إلى أن يطلب أحدُ العاقدين التّغيير في الثّمن. وحينئذٍ لا يسري مفعول التّعامل، بل يجب أن يتّفق العاقدان على الثّمن من جديد. وقد استدلّ الإمام البخاريّ رحمه الله تعالى على ذلك بما

www.besturdubooks.wordpress.com

رواه تعليقاً عن الحسن البصري رحمه الله تعالى أنّه اكترى من عبدالله بن مرداس حماراً، فقال: "بكم؟" قال: "بدانقين". فركبه، ثمّ جاء مرّةً أخرى، فقال: "الحمار! الحمار!" فركبه، ولم يُشارطه، فبعث إليه بنصف درهم. وقال الحافظ العينيّ رحمه الله تعالى في شرحه:

"وقد جرى العُرف أنّ شخصاً إذا اكترى حماراً، أو فرساً، أو جملاً، للركوب إلى موضع معيّن بأجرة معيّنة، ثمّ في ثاني مرّة إذا أراد ركوب حمار هذا على العادة، لايُشارطه الأجرة لاستغنائه عن ذلك باعتبار العُرف المعهود بينهما...ووصل هذا التّعليقَ سعيد بن منصور عن هشيم عن يونس، فذكر مثله."(١)

والّذي يتحصّل من الأحكام الفقهيّة المتعلّقة في الموضوع أنّه يجبُ لصحّة البيع أن يكون الثّمنُ معلوماً للعاقدين عند العقد، أو يكونا قد اتّفقا على معيار منضبطٍ لتعيين الثّمن، بحيثُ لايبقى في تعيينه مجالٌ للنّزاع، أو يكون الثّمن متعيّناً على أساس التّعامل الجاري بينهما.

١٩١ـ تعيين الثّمن في القوانين الوضعيّة

أمّا القوانين الوضعيّة، فقد فسحت المجالَ لعقود البيع بدون تعيين الثّمن عند العقد، وبدون تعيين معيار منضبط لتعيينه فيما بعد. فالشّقّ الأوّل للمادّة ٩ من "قانون بيع المال" المطبّق من قبل الحكومة الإنكليزيّة في شبه القارة الهنديّة، تذكُر ثلاثة طرق لتعيين الثّمن: الأوّل:

---

(١) عمدة القاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة الخ ١٢: ٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

تعيينُه بنصٍّ في العقد، والثاني: ذكرُ طريقٍ لتعيينه فيما بعد، والثالث: تعيينُه حسب تعامل العاقدين. ثمّ تقول المادة في شقّها الثاني:

"Where the price is not determined in accordance with the foregoing provisions, the buyer shall pay the seller a reasonable price. What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case."

"إن لم يُعيَّن الثمنُ بالطرق المذكورة في الشقّ الأول، يدفعُ المشتري إلى البائع "ثمناً معقولاً". و وكونُ الثّمن معقولاً أمرٌ يتعلق بالواقع وهو موقوفٌ على أحوال خاصّة بكلّ قضيّة بذاتها."

وهذا النّصّ صريحٌ في أنّ البيع يصحّ وإن لم يكن الثّمن معلوماً بإحدى الطّرق الثلاثة. وهذا بالرّغم من أنّ المادّة ٢٩ من قانون العقود يُصرّح بأنّ العقود التي تشتمل على إبهام (Uncertainty) باطلة. ومن أجل أنّ قانون بيع المال فسح المجال لعدم تعيين الثّمن، قد وقعت نزاعاتٌ كثيرةٌ في المحاكم حكاها شرّاح هذا القانون.[1]

وإنّ الشّريعة الإسلاميّة أولتْ عنايةً بالغةً بكون العقد شفافاً لايثير النّزاعات، ولذلك منعت العقود التي فيها جهالةٌ مفضيةٌ إلى النّزاع. فإن لم يتعيّن الثّمن بأحد الطّرق الثلاثة التي ذكرناها، فإنّ البيعَ فاسدٌ شرعاً، ويجب على المتعاقدين فسخُه، وردُّ المبيع إلى البائع إن قبضه المشتري، ثمّ إن أرادا عقدا البيع من جديد بتعيين الثّمن. وإن تصرّف المشتري في المبيع بأن باعه إلى آخر مثلاً، أثم بذلك، ولكن صحّ البيعُ الثّاني إن استوفى شرائط الصّحّة، ووجب على المشتري الأوّل مثل المبيع إن كان من ذوات الأمثال، والقيمةُ السّوقيّة إن كان من ذوات القِيم، كما سيأتي في مبحث البيع الفاسد إن

(1) *See* Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act. Sec. 9.

www.besturdubooks.wordpress.com

شاء الله تعالى.

١٩٢- أثر النفقات الإجرائيّة على الثمن

إنّ البيوع المعاصرة ربّما تحتاج إلى إجراآت كثيرة، مثل صياغة العقود من قبل ذوى الاختصاص من المحامين، وتسجيلها فى الجهات الرسميّة، وكلّ ذلك يتطلّب نفقات. وبما أنّ هذه الإجراآت يحتاج إليها وينتفع بها كلّ واحد من العاقدين، فالأصلُ فيها أن يتشاركا فى تحمّل هذه النّفقات. ولكن إذا اتّفقا بالتّراضي على أن يتحمّلها أحدهما، فلا يظهر هناك مانعٌ شرعيٌّ من ذلك، بشرط أن لايتّخذ ذلك حيلةً لمطالبة ما هو محظورٌ شرعاً. وبهذا أخذ المجلس الشّرعيّ لهيئة الحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة فى المعيار الشّرعيّ رقم ٨ للمرابحة للآمر بالشّراء. وتنصّ الفقرة ٣/٤/٢ منه مايأتى:

"مصروفاتُ إعداد العقود المبرمة بين المؤسّسة والعميل تُقسّم بينهما، مالم يتّفق الطّرفان على تحمّل أحدهما لها، على أن تكون تلك المصروفاتُ عادلةً، أى على قدر العمل، حتّى لاتشتمل ضمناً على عمولة ارتباط، أو عمولة تسهيلات.[1]"

١٩٣- أثر الضّرائب الحكوميّة على الثّمن

إنّ من عادة التّجّار أنّهم يأخذون فى الاعتبار الضّرائبَ المفروضة عليهم عند تعيين

(١) "عمولة ارتباط" عمولة تتقاضى من أحد الطرفين لمجرد استعداده للتعاقد مع الآخر، سواء أتمّ العقد بينهما أم لم يتمّ. و"عمولة تسهيلات" هي العمولة التى تأخذها مؤسسة ماليّة لمجرد استعدادها لتقديم التمويل إلى الآخر. وكلاهما ممنوع شرعاً، لأنّهما داخلتان فى معنى الرشوة.

www.besturdubooks.wordpress.com

الثمن. وهذا القدرُ لا مانع منه شرعاً. ولكن قد يُنصّ في عقد البيع أنّ الحكومة إن حسمت مبلغاً من الثّمن المدفوع بسبب البيع، فإنّ المشتريَ يلتزم بأنه يدفع إلى البائع مبلغاً يُساوي المقدار المحسوم من قبل الحكومة، حتّى يكون ما حصل عليه البائع صافياً هو مقدارُ الثّمن المتّفق عليه. فهل يجوز النّصّ بمثل هذا الشّرط في العقد؟ والّذي يظهر لي أنّ ما تقتطعه الحكومة من ثمن البيع كضريبة هو على قسمين:

القسم الأوّل: ما تقتطعه الحكومة كجزء من ضريبة الدّخل (Income Tax) المفروض على البائع، وإنّ ضريبة الدخل المفروضة على البائع سنوياً ينتقص بذلك القدر، ويُسمّى في العادة withholding tax أي "الضّريبة المحبوسة". فإن كان مقدارُها معلوماً عند العقد، جاز تضمينه في الثّمن بتراضي الطّرفين، لأنّه لاغررَ فيه. أمّا إذا لم يكن معلوماً، ففيه غررٌ لايجوز تحميلُه على المشتري، لأنّ ما يُقتطع من الثّمن ينتفع به البائع عند تصفية ضرائبه السنويّة، فكأنّ هذا المقدار يعود إليه عند التصفية، فلا يجوز إلزام المشتري به وفيه غرر.

والقسم الثّاني من الضّرائب: هو ما تفرضه الحكومة على عمليّة البيع، وليس جزءً من ضريبة الدّخل، ولا يُحتسب به عند تصفية حساب ضريبة الدّخل السنويّة لأحد الطّرفين. وبما أنّ هذه الضّريبة مفروضةٌ على عمليّة البيع نفسها، فإنّها في حُكم النّفقات الإجرائيّة، وقدّمنا أنّ الأصلَ فيها أن يتحمّلها الطّرفان، ولكن يجوز بتراضي الطّرفين أن يتحمّلها أحدُهما. وعلى هذا، يجوز أن يُشترط ذلك في نصّ العقد أنّ المُشتريَ هو الّذي يتحمّلها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٩٤- معلومية الأجل

ويجب لمعلومية الثمن إن كان البيع مؤجلاً أن يكون الأجل معلوماً، وسيأتي بيان ذلك في أحكام البيع المؤجل إن شاء الله تعالى.

١٩٥- لايشترط كون الثمن مملوكاً للمشترى عند العقد

وإن كان الثمن من النقود أو الفلوس، فإنه لايشترط لصحة البيع أن يكون الثمن مملوكاً للمشتري عند العقد، كما يجب أن يكون المبيع مملوكاً للبائع. فإن الثمن إنما يجب في ذمة المشتري، ويجوز له في البيع الحال أن يتملك النقود بعد العقد، ويدفعها إلى البائع، ويجوز أيضاً أن يكون الثمن مؤجلاً. قال السرخسي رحمه الله تعالى:

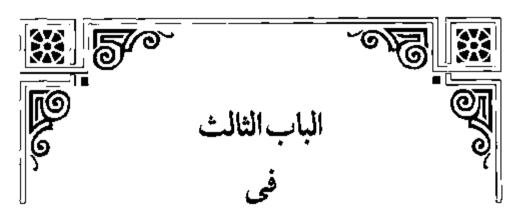
"وإذا اشترى الرجل فلوساً بدراهم ونقد الثمن، ولم تكن الفلوس عند البائع، فالبيع جائز، لأن الفلوس الرائجة ثمن كالنقود، وقد بينا أن حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معاً، ولايشترط قيامها في ملك بائعها لصحة العقد، كما لايشترط ذلك في الدراهم والدنانير."(١)

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤: ٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثالث

في

الطّرُق المختلفة لأداء الثّمن

١٩٦ –أحكام أداء الثمن عن طريق الحوالة

ثمّ لأداء الثّمن طرقٌ مختلفةٌ أبسطُها دفعُ الثّمن نقداً. ولكن قد يقع ذلك بطريق الحوالة. ومعناه أنّ المشتري بدلاً من أن يوفيَ الثّمن بنفسه، يُحيلُ البائعَ على أحدٍ غيره، ليتسلّم البائعُ الثّمن منه. وإنّ الفقهاء لم يذكروا هذا القسم من جملة أقسام البيع، لأنّ الحوالةَ لاتختصّ بالبيع، بل يُمكن حوالةُ أيّ دَين، ولذا، فإنّهم ذكروا أحكام الحوالة في كتابٍ مستقلّ، ولأنّ وفاء الثّمن بطريق الحوالة لم يكن فاشياً في عهدهم. أمّا في عصرنا، فقد شاع هذا الطّريقُ في معظم البياعات الّتي يُوفى فيه الثّمنُ عن طريق الشّيكات، أو البطاقات. ولذلك أردنا أن نذكره بصفته قسماً من البيع. فنذكرُ أوّلاً موجز أحكام الحوالة العامّة. ثمّ نذكرُ تطبيقاتها في التّجارات المعاصرة إن شاء الله تعالى.

١٩٧ – حقيقة الحوالة

الحَوالة في الاصطلاح الفقهي: نقلُ الدَّين من ذمّةٍ إلى ذمّةٍ أخرى. والأصلُ في

www.besturdubooks.wordpress.com

مشروعيّته ما رواه أبوهريرة رضي الله تعالى عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "مَطْلُ الغنيّ ظُلمٌ، فإذا أُتبع أحدُكم على مَليءٍ فليَتْبَعْ."[1]

وحاصلُه أنّ المديونَ بدلاً من أن يؤدّي دَينه بنفسه، يأمر المديونُ أن يُطالِبَ شخصاً آخرَ يلتزمُ أداءَ دَينه بدلاً منه. والمديونُ الأصليّ يُسمّى "المحيل" والدائنُ "المحالَ" أو "المحتال" والشخصُ الآخر الذي أُحيل عليه الدَّين "المحتال عليه" أو "المُحال عليه". والفرقُ بين الحوالة والكفالة أنّ الحوالةَ تنتقل به ذمّةُ المُحيل إلى "المحال عليه" وتبرأ ذمّةُ المحيل. أمّا الكفالةُ، فهو ضمُّ ذمّةٍ إلى ذمّة، بأنّ المديونَ لاتبرأ ذمّتَه بالكفالة، بل ينضمّ إليه الكفيل، بحيثُ يجوز للدائن أن يُطالب كليهما.

ثمّ الحوالةُ عند الحنفيّة على قسمين: الحوالةُ المقيّدة، والحوالةُ المطلقة.

١٩٨ـ الحوالةُ المقيّدة

أمّا الحوالةُ المُقيّدة، فأن يُقيّد قضاءُ دَين الحوالة بأن يكونَ من مال المحيل الّذي عند المحال عليه، أو في ذمّته. مثالُه: كان لزيدٍ على عمروٍ ألفُ درهم ديناً، أووديعةً، أو غصباً. ثمّ صار زيدٌ مديناً لخالد بألف درهم. فيقول زيدٌ لخالد: "أحلتُك على عمروٍ لتأخذ منه الألفَ التي هيَ لي في ذمّته." فحينما يُعطيه عمروٌ ألف درهم، يُستوفى به الدَّينان.

١٩٩ـ الحوالةُ المطلقة

والحوالةُ المطلقة: أن لايُقيّد فيها قضاءُ دَين الحوالة من دَين المحيل على المحال

---

(١) صحيح البخاري، برقم ٢١٦٦ باب الحوالة.

www.besturdubooks.wordpress.com

عليه، أو من ماله عنده، بل يُحيلُ فيه المحيلُ من غير ذكر ما له على المحال عليه. فقد لايكونُ في ذمّته للمُحيل شيئٌ، ولكنّه يقبلُ الحوالةَ تبرُّعاً، أو يكونُ في ذمّته شيئ، ولكن لايذكره عند الحوالة، بل يُرسل إرسالاً.[١] فيقول: "أحلتُك على فلان بدينك الذي عليّ" ويقبله المحال عليه.

أمّا جمهور المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، فلا تكون الحوالةُ عندهم إلاّ مقيّدةً بدين للمُحيل على المحال عليه. فإن لم يكن على المحال عليه دينٌ للمُحيل، فهو ليس حوالة، وإنّما هو كفالة.[٢] ولايوجد عندهم اصطلاحُ "الحوالة المطلقة"، غير أنّ ابن الماجشون من المالكيّة أجاز الحوالة على من لا دين عليه للمُحيل، بدون أن يُسمّيه حوالةً مطلقة، ولكن اشترط أن يكونَ بلفظ "الحوالة"، وإلاّ فإنّه يصير حمالة، يعني كفالة.[٣]

وتبيّن ممّا سبق أنّ عقدَ الحوالة إنّما يتمّ بين ثلاثة أطراف: المحيل، والمحال، والمحال عليه. فأمّا المحيل، فيجبُ رضاه لصحّة الحوالة عند المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة قولاً واحداً، وكذلك في رواية القدوريّ للحنفيّة، بخلاف رواية الزّيادات، حيثُ لاتشترط رضا المحيل، بل تصحّ الحوالةُ على تلك الرّواية باتّفاق المحال والمحال عليه فقط.[٤]

(١) البحر الرائق ٦: ٢٢٢

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٥٧ ومغني المحتاج ٢: ١٩٤ والمنتقى للباجي، جامع الدين والحول ٣: ٤٥١

(٣) المنتقى للباجي ٣: ٤٥١

(٤) فتح القدير ٦: ٣٤٦ و٣٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وأمّا المحتال، فيُشترط رضاه عند الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة، ولايُشترط عند الحنابلة، لأنّ الحوالة إن كان على مليء، وجب على المحتال أن يقبلها، وإن لم يقبل، أجبره الحاكم على ذلك، فإنّ الحنابلة حملوا حديث " فإذا أتبع أحدُكم على مليء فليتّبع " على الوجوب.[1] وحمله الأئمة الثلاثة على الإرشاد.

وأمّا المحتالُ عليه، فيُشترط رضاه عند الحنفيّة، وكذلك عند بعض المالكيّة والشّافعيّة، ولايُشترط ذلك عند الحنابلة، وهو المشهور من مذهب المالكيّة، وهو الأصحّ في مذهب الشّافعيّة.[2]

وإذا تمّ عقد الحوالة، برئت ذمّةُ المحيل، ووجب على المحتال عليه أداءُ دَين المحال. ولكنّ هذه البراءةَ مطلقةٌ عند الأئمة الثلاثة، بحيثُ لايحقّ للدائن المحال أن يرجع على المحيل، ولو تخلّف المحالُ عليه عن أداء الدَّين بأن جحد الدَّين أو الحوالة، أو أفلس، إلاّ أن يكون المحالُ قد اشترط في عقد الحوالة أنّه لولم يفِ المحالُ عليه الدَّين، فإنّه يرجع على المحيل. وكذلك إن اشترط في الحوالة ملاءةَ المحال عليه، إذا عجز عن أداء الدّين، فإنّه يستحقّ الرّجوع على المحيل عند المالكيّة والحنابلة، وبعض الشّافعيّة. ولكنّ الجمهور من الشّافعيّة يعتبرون هذا الشّرط باطلاً.[3]

أمّا عند الحنفيّة، فبراءةُ المحيل ليست على هذا الإطلاق، بل يجوز عندهم أن يرجع المحالُ على المحيل في حالة التّوى، وإن لم يكن ذلك مشروطاً في عقد الحوالة.

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٦٠

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٦٠ وبداية المجتهد ٢: ٢٩٩ ومغني المحتاج ٢: ١٩٤

(٣) المنتقى على الموطأ ٣: ٤٥١ والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩ ومغني المحتاج ٢: ١٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والتَوى عند الحنفيّة أن يجحد المُحالُ عليه الدّين أو الحوالة، ويحلف، ولا بيّنة عند المُحيل ولا عند المحال عليه، أو يُحكم عليه بالإفلاس على قول الصاحبين، أو يموت مفلساً عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى.(١)

وحجّةُ الحنفيّة في ذلك ما رواه البيهقيّ عن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه أنّه قال: "ليس على مال امرئ مسلم توى، يعني حوالة."(٢) وقد بسطتُ الكلام على إسناده في شرح صحيح مسلم، كما ذكرتُ هناك أنّ مثلَ هذا القول مرويٌّ أيضاً عن عليّ بن أبي طالب، والحسن البصريّ، وإبراهيم النّخعيّ، وشُريح رضي الله تعالى عنهم.(٣)

والواقعُ أنّ حقّ الرّجوع على المحيل في حالة التّوى هو الّذي يُميّز الحوالة عن بيع الدّين بالدّين، وإلا فلا فرقَ بينه وبين بيع الكالي بالكالي الّذي نهى عنه رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم. ولذلك اضطرّ الأئمة الثّلاثة إلى القول بأنّ الحوالةَ مستثناةٌ من حرمة بيع الدّين بالدّين. يقول ابنُ رشد الحفيد رحمه الله تعالى: "الحوالةُ معاملةٌ صحيحةٌ مستثناةٌ من الدّين بالدّين."(٤)

وبعد تمهيد أحكام الحوالة الأساسيّة، نذكر البيوع المعاصرة الّتي تتمّ بطريق البنوك، إمّا بالحوالة الحقيقيّة، أو بما يشبهها. وإنّ وفاء الثّمن عن طريق البنوك له صورٌ مختلفةٌ نذكرها فيما يلي، وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد والصّواب.

---

(١) فتح القدير ٦: ٣٥٣

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١

(٣) تكملة فتح الملهم ١: ٣٢٥و٣٢٦

(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٩٩

www.besturdubooks.wordpress.com

تطبيقات معاصرة لأداء الثّمن عن طريق الحوالة

٢٠٠- التّحويل المصرفيّ

١- ربمّا يقعُ تسليمُ النّقود عن طريق التّحويل المصرفيّ (Bank Transfer) وذلك بأن يكون لزيدٍ رصيدٌ في حسابه الجاري (current Account) لدى بنك ألف، ولعمروٍ رصيدٌ في حسابه الجاري (current Account) لدى بنك ب، فيأمر زيدٌ بنك ألف أن يُحوّل مبلغاً إلى رصيد عمروٍ في بنك ب. فحينما يدخلُ المبلغُ في رصيد عمروٍ في بنك ب، يُعتبر عمروٌ قابضاً لتلك النّقود. وحقيقتُه فقهاً أن بنك ألف مدينٌ لزيدٍ بمبلغ رصيده، وأمرُه بتحويل المبلغ أمرٌ بدفع دينه الّذي على البنك إلى وكيل عمرو. وبنك ب وكيلٌ لعمروٍ في قبض المبلغ. فقبضُه نيابةً عن عمروٍ قبضٌ من عمروٍ حُكمًا. وبهذه الصفة قبضُ بنك ب قبضُ أمانة. ثمّ يخلط البنك هذا المبلغ بأمواله الأخرى يُصبحُ مضموناً عليه، وينقلبُ إلى قبضِ ضمان. وقد يقعُ هذا التّحويلُ بعُملاتٍ مختلفة، وسيأتي حكمُه في مبحث الصّرف إن شاء الله تعالى.

٢٠١- وفاء الثّمن عن طريق الشّيكات

٢- وقديقع تسليمُ النّقود عن طريق الشّيكات (Cheques)، والشّيكات جمع شيك، وهو ورقٌ يُصدره مَن له حسابٌ في بنك، فيُريد أن يسحب به مبلغاً من رصيده عند البنك، إمّا ليأخذ ذلك المبلغ بنفسه، أو ليأخذ منه شخصٌ آخر مكتوبٌ عليه اسمُه، أو ليأخذه من ذلك الحساب مَن يعرضه على البنك بدون

www.besturdubooks.wordpress.com

تـسـميـه. وفي هذه الحالة الأخيرة يُسمّى الشّيك "الشّيك لحامله" (Bearer Cheque).

ورأى جمعٌ من العلماء المعاصرين أنّه ينبغي أن يُعتبر تسلّمُ الشّيك قبضاً لمبلغه. أمّا احتمال فشل الشّيك، فلا ينبغي أن يُلتفت إليه، لأنّ القانون يفرض عقوباتٍ شديدةً على من أصدر شيكاً بدون رصيد. ومثلُ هذا الاحتمال قائم في تسليم النّقود فعلاً، وهو كونُ النّقود مزيّفة، ولكنّ هذا الاحتمال لايمنع تمام القبض، فكذلك احتمالُ فشل الشّيك.

وذكر بعضُ المعاصرين في التّدليل على كون قبض الشّيك قبضاً حكميّاً أنّ الفقهاء جعلوا الحوالةَ بمنزلة القبض.[1]

وذكر بعضُ المعاصرين أنّ حصول القبض أمرٌ يثبت بالعُرف. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"لأنّ القبضَ مطلقٌ في الشّرع، فيجبُ الرّجوعُ فيه إلى العرف، كالإحراز

---

(١) إنما ذكره ابن قدامة رحمه الله تعالى في بيان أنّ الحوالة إنّما تصحّ على دين مستقرٍّ في ذمّة المُحال عليه. فإن أحال البائعُ على مشتريه بالثّمن وقد ظهر في المبيع عيبٌ، هل تبطل الحوالة؟ فذكر أنّ ظهور العيب إن كان قبل القبض من المحال عليه، فإنّ فيه وجهين: أحدهما تبطل الحوالة، والثّاني: لاتبطل. وذكر في التّدليل على عدم البطلان أنّ الحوالة بمنزلة القبض، فكأنّ المحيل أقبض المحتال دينه، فيرجع عليه به، ويأخذ المحتالُ من المُحال عليه. وإن كان ظهور العيب بعد القبض لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً. (راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٦) وهذا السّياق يدلّ على أنّ المراد من كون الحوالة بمنزلة القبض هو براءةُ ذمّة المُحيل فقط.

www.besturdubooks.wordpress.com

والتفرّق."[1]

وجرى العرف بأنّ قبض الشّيك يُعتبر قبضاً لمحتواه، فينبغي أن يبتني حكم الشّرع على هذا العُرف. ولكنّ الصّحيح عندنا أنّه لايمكن إطلاق القول بأنّ قبض جميع الشّيكات في حكم قبض محتواه، وذلك لأنّ الواقع أنّ الشّيك على ثلاثة أقسام: الشّيك المصرفيّ (Bank Draft or Cashiers Cheque) والشّيك المصدّق (Certified Cheque) والشّيك الشّخصيّ (personal cheque) وينبغي أن ننظر في حقيقة هذه الأقسام الثّلاثة لمعرفة الحكم الشّرعيّ في كلّ واحدٍ من هذه الأقسام على حدته، وبالله سبحانه التّوفيق.

٢٠٢ – الشّيك المصرفيّ (Bank Draft)

وتعريف الشّيك المصرفيّ ما جاء في معجم اوكسفورد:

"A cheque drawn by a bank on itself or its agent. A person who owes money to another buys the draft from a bank for cash and hands it to the creditor who need have no fear that it might be dishonoured."[2]

"الشّيك المصرفيّ شيكٌ يُصدره بنكٌ في ذمّته، أو ذمّة وكيلٍ له. إنّ الشّخص الّذي هو مدينٌ لآخر يشتري الشّيك المصرفيّ من بنك بدفع مبلغه نقداً ويسلّم الشيك المصرفيّ إلى دائنه، ليأمن الدّائنُ من خوف أن يفشل الشّيك."

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٢) Oxford Dictionary of Finance and Banking, p.34

www.besturdubooks.wordpress.com

وحاصلُ هذا التعريف أنّ الشيك المصرفيّ ليس هو الشيك العاديّ الّذي يُسمّى "الشيك الشخصيّ". فإنّ الشيك المصرفيّ يُصدره البنك نفسه، وهو التزامٌ من البنك بدفع مبلغَ الشيك في حساب من أُصدرلصالحه. ولا يُمكن للبنك الّذي أصدره أن يرفُض الدّفع. والعادةُ أنّ الّذي يُريد إصدارَ الشيك المصرفيّ لصالح دائنه، يدفع مبلغَ الشيك نقداً إلى البنك المصدر في بعض الحالات، ولكن في أكثر الأحوال يأمره بسحب مبلغه من حسابه في ذلك البنك. ومن ثَمّ يسحب البنك ذلك المبلغَ من حسابه، ويُودعه في حساب خاصّ إلى أن يَدفعَ مبلغَ الشيك إلى الدائن. والمعمولُ به أنّ الدائنَ بعد تسلّم الشيك المصرفيّ يُسلّمه إلى بنكه الّذي يتقاضى البنكَ المصدرَ بتحويل المبلغ إلى حساب الدائن لديه.

وقد اعتبر جمعٌ من العلماء المعاصرين تسلُّم الشيك المصرفيّ قبضاً حُكمياً. وبه صدر قرارُ مجمع الفقه الإسلاميّ العالميّ؛ حيث ذُكرفي صُور القبض الحكميّ ما يأتي:

"تسلّم الشيك إذا كان له رصيدٌ قابلٌ للسحب بالعُملة المكتوب بها عند استيفاءه، وحَجزه المصرف."[1]

والمراد من الشيك هنا الشيك المصرفيّ. لأنّ الشيك الشخصيّ العاديّ لا يحجُز فيه المصرفُ مبلغَ الشيك، وإنّما يحجُزه عند إصدار الشيك المصرفيّ. وقد اعتبروه قبضاً على أساس أنّ الّذي دفع الشيك المصرفيّ إلى البائع تمّت منه التخليةُ الّتي

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد السادس ١: ٧٧٢ قرار رقم ٥٥/٤/٦ بجدة ١٤١٠ هـ وبه أخذ معيار المتاجرة في العملات (بند ٢/٦ب) من المعايير الشرعيّة الصادرة من المجلس الشرعيّ للمؤسسات المالية الإسلاميّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

اعتبرها الفقهاء الحنفيةُ قبضاً حكمياً.

ويُمكن تخريجه على أنّ المشتريَ دفع المبلغَ إلى البنك المصدِر للشيك، أو أمره بسحْب ذلك المبلغ من حسابه ليدفعه إلى البائع. والبنكُ الذى أصدر الشيك حجز مبلغَ الشيكِ عنده لصالح البائع، وقَبِل دفعه إليه عندما يُطلب منه ذلك. فكأنّ البائعَ وكّل البنك المصدر لتسلّم ذلك المبلغ من المشترى. فحينئذٍ يُعتبرُ قبضُه قبضَ الأصيل. جاء فى دُرر الحكّام:

"أمّا إذا سلّم البائعُ المبيعَ إلى شخصٍ أمر المشترى بتسليمه إليه، فقد حصل القبض، كما لو سلّم البائعُ المبيعَ إلى المشترى نفسه."[1]

ولكنّ البائعَ فى مسئلتنا لم يُوكّله بذلك صراحةً، إلاّ أن يُقال: إنّه حينما قَبِل البائعُ أن يُدفعَ الثّمنُ بطريق الشيك المصرفيّ، فكأنّه جعل البنكَ المصدرَ للشيك وكيلاً له فى قبض الثّمن، و ربّما يُشكل عليه أنّ البائعَ حينما يرضى بقبول الشيك المصرفيّ، قد لايعرفُ البنكَ الّذى يُصدِر الشيك، فيكونُ توكيلاً للمجهول، وهو لايجوز.[2]

ويُمكن التّفصّى عن هذا الاعتراض بأنّ توكيلَ المجهول بقبض الدَّين إنّما لايجوز من أجل أنّه يؤدّى إلى النّزاع، فإنّ المديونَ إذا دفع إلى رجلٍ ظنّاً منه بأنّه هو الوكيلُ بالقبض، وادّعى الدائنُ أنّه لم يكن وكيلاً، يؤدّى ذلك إلى نزاع. أمّا إصدارُ الشيك المصرفيّ فقد صار الآن من أوثق الوسائل فى تسديد الدّيون، ولايؤدّى إلى نزاعٍ أبداً.

---

(١) درر الحكام، مادة ٢٦٢

(٢) شرح المجلة للأتاسي ٤: ٤١٨ والإنصاف للمرداوي، باب الوكالة ٥: ٣٥٥ والبيان للعمراني اليمني، كتاب الوكالة ٦: ٤٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

ولذلك أجاز بعضُ الفقهاء بعضَ صُور توكيل المجهول. فقد نُقل عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنَّ الموكِّل إن قال لشخصين: أيُّكما باع عبدي، فجائز. فإذا باعه أحدُهما، صحّ.(١)

ويُمكن أن يُعترض على صحة القبض بالشّيك المصرفيّ ثانياً: أنَّ البنك لو كان وكيلاً للبائع في قبض المبلغ، لما جاز له أن يتصرّف فيه، فإنَّ قبضَه قبضُ أمانة. ولكنَّ البنكَ بعد إخراج المبلغ من حساب المشتري، يجعلُه في حساب مستقلّ يُسمّى "حسابَ المصروفات" (payables) وتُعتبر المبالغُ المودعةُ فيه ديْناً على البنك، والبنكُ يستخدمها في الغُرف لصالحه إلى أن يتسلّمها منه صاحبُ الحقِّ.

ويُمكن التّفصّي عن هذا الإشكال بأنّه كان أمانةً ابتداءً، ثمّ صار مضموناً عليه بالخلط بأمواله الأخرى، وقد جرى التّعاملُ بمثل هذا الخلط في جميع حسابات البنوك. وبهذا يُمكن أن يُقال إنَّ القبض على الشّيك المصرفيّ قبضٌ على محتواه بطريق الوكالة، لا الحوالة.

٢٠٣- الشيك المصدّق (Certified Cheque)

والقسم الثّاني: هو الشّيك المصدّق. وهو الشّيك الّذي يُصدَر من صاحب حساب في بنك لصالح المستفيد. ولكن يَحْمِل هذا الشّيك تصديقاً من البنك أنَّ مبلغَ الشّيك موجودٌ في رصيد المصدر قابل للسّحب، ويكتب عليه البنكُ عادةً كلمة "مقبول" (Accepted) وفي مثل هذا الشّيك يعزل البنكُ مبلغَ الشّيك من حساب

(١) البيان للعمراني، كتاب الوكالة ٦: ٤٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

المصدر إلى حساب نفسه.[1]

والظاهر أنّ مثل هذا الشّيك لايختلف عن الشّيك المصرفيّ إلا في أنّ المصدر في الشّيك المصرفيّ هو البنك نفسه، و في البنك المصدّق يُصدره صاحب الحساب. ولكنّ مبلغه محجوزٌ عند البنك، كما كان محجوزاً في الشّيك المصرفيّ. و مادام أنّ المبلغ محجوزٌ عند البنك، فإنّ ما ذكرناه في الشّيك المصرفيّ ينطبق تماماً على الشّيك المصدّق أيضاً.

٢٠٤ – الشّيك الشّخصيّ (personal cheque)

أمّا الشّيك الشّخصيّ فهو أمرٌ للبنك بسحب مبلغ من حساب مُصدره، وليس فيه توثيقٌ من البنك بأنّ ذلك المبلغ مُيسّرٌ للسّحب في حساب مُصدر الشّيك، ولا التزامٌ من البنك بأدائه. فإن عُرض هذا الشّيك على البنك، ورأى البنكُ أنّ مبلغه موجودٌ في حساب المصدر، ويحقّ له أن يسحبه من حسابه حسب التّعاقد معه، فإنّ البنك ملزَمٌ بدفعه، وإن لم يكن في حسابه ذلك المبلغ. أو كان. ولكن لايحقّ للمُصدر سحبُه حسب تعاقده مع البنك. فإنّه يحقّ له أن يرفضه، ولا يدفع شيئاً.

وقد شاع في كثير من البيوع الرّائجة اليوم أنّ المشتريَ يُوفي الثّمن بطريق إصدار الشّيك الشّخصيّ باسم البائع، أو يُصدر الشّيك لحامله، ليحصُل البائع على مبلغه من البنك، إمّا نقداً إن كان الشّيك لحامله، وإمّا بإيداع ذلك المبلغ في رصيد البائع في ذلك البنك، أو في بنك آخر له فيه حساب.

---

(1) Wikipedia, in its article on Cheque: Variations on regular cheques.

www.besturdubooks.wordpress.com

وحقيقةُ هذه العمليّة فقهاً أنّ المشتري يُحيل البائع على بنكه، فهو مُحيل، والبائع مُحتال، والبنك مُحالٌ عليه. فإن رضي البائع بقبول الشّيك، حصل به رضا المحيل والمحتال. أمّا البنك، فلم يرض بهذه الحوالة بعدُ، فتمّت الحوالةُ عند من لايشترط رضا المحتال عليه لصحّة الحوالة، وهم الحنابلة والمالكيّة والشّافعيّة في الرّاجح من مذاهبهم. ولكن تصحّ الحوالةُ عندهم بشرط أن يكون لمصدر الشّيك رصيدٌ قابلٌ للسّحب بقدر مبلغ الشّيك، فإنّ الحوالة عندهم مقيّدةٌ دائماً بدين المحيل على المحال عليه. أمّا الّذين يشترطون رضا المحتال عليه لصحّة الحوالة، مثل الحنفيّة، فلا تتمّ الحوالةُ عند إصدار هذا الشّيك وتسليمه إلى المحال، لأنّ البنك، وهو المحال عليه، لم يتمّ رضاه بعدُ. ولكن إن قبل البنكُ الشّيك، تمّت الحوالةُ في ذلك الوقت، وحصل الاستيفاء بطريق الحوالة.

والسّؤال: إن قبض البائعُ على الشّيك الشّخصيّ الموقّع من قبل المشتري، هل يُعتبر ذلك قبضاً من البائع للثّمن قبل عرضه على البنك المحال عليه واستيفاء مبلغه منه؟

والظّاهر في مثل هذا الشّيك أنّه لايعدو من كونه حوالةً، فتبرأ به ذمّةُ المشتري أو المديون عند تمام الحوالة، وتنتقل الذّمّةُ إلى البنك. ولكنّ اعتباره قبضاً في عمليّة الصّرف فيه إشكالٌ قويّ، لأنّ القبض لايتحقّق إلّا بأن يستطيع القابضُ التّصرّف في المقبوض بدون حائل، وتصرّفُ حامل الشّيك في محتواه معلّقٌ على ثلاثة شروط:

الأوّل: أن يكون ذلك المبلغ في رصيد المصدر،

والثّاني: أن يكون سحب المبلغ مستحقّاً له حسب تعاقده من البنك.

والثّالث: أن لا يمنع المصدرُ البنك بإيقاف الدّفع بعد إصدار الشّيك وتسليمه إلى المستفيد..

www.besturdubooks.wordpress.com

فإن فات واحدٌ من هذه الشروط، لم يتمكن حاملُ الشيك من استيفاء المبلغ حقيقةً. صحيحٌ أنّ إصدار الشيك الفاشل جريمةٌ في القانون، ولكنّ المعاقبةَ القانونيّةَ للمُصدِر لا تردُّ الواقع أنّ حاملَ الشيك لم يحصُل على حقّه بوساطة الشيك.

والقياسُ على النقود المزيفة لا يبدو صحيحاً، لأنّ النقود هيَ محلُّ عقد الصّرف، وهي المقصودُ بالعقد، فالقبضُ عليها قبضٌ على المبيع، سواءٌ كان معيباً. فإن ظهرت مزيّفةً، بطل الصّرف، أو وجب بدلُها على اختلاف القولين. أمّا الشيك، فليس محلاً للعقد، ولا مقصوداً بذاته، وإنّما المقصودُ ما يُمثّله من المبلغ. فإن فشِل الشيك، فلا يُقال إنّ العيبَ ظهر في المعقود عليه.

أمّا ماذكره بعضُ الفقهاء من أنّ الحوالةَ بمنزلة القبض، فالمقصودُ منه أنّ الحوالةَ تُبرئ ذمّة المشتري أوالمديون، وليس مرادُهم في الظّاهر أنّه قبضٌ في عقد الصّرف. ويتبيّن ذلك بما قاله ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وإن أحال المكاتَبُ سيّدَه بنجمٍ قد حلّ عليه، صحّ، وبرِئت ذمّةُ المكاتَب بالحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض."[١]

فالظّاهر كونُ الحوالة بمنزلة القبض في حقّ براءة ذمّة المحيل فقط، على أنّ الحوالة لاتتمّ بمجرد إصدار الشيك الشّخصيّ عند الفقهاء الّذين يشترطون رضا المحال عليه لصحّة الحوالة، وهم الحنفيّة وبعض الشّافعيّة وبعضُ المالكيّة، كما قدّمناه.

أمّا القولُ بأنّ العُرف يعتبر القبضَ على الشّيك قبضاً حكميّاً، فإنّه منقوضٌ لوجهين:

---

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الوجه الأول: أنه ليس ذلك عرفاً عاماً، بل يحق للدائن أو البائع أن يرفض في العرف والقانون قبول الشيك الشخصي من حيث كونه أداة لاستيفاء حقه. ولذلك جاء في الموسوعة المعروفة Wikipedia:

"In the USA, a check as a form of payment can legally be refused for any reason (or no reason). Simply put: a payment via check is not a "payment" until the check was cashed and "clears the bank."[1]

يعني: "يمكن في أمريكا قانوناً أن يُرفض كونُ الشيك أداةً للاستيفاء لأيّ سبب، بل بلاسبب أيضاً. وبعبارة بسيطة: تسديدُ مبلغ عن طريق الشيك ليس "تسديداً" ما لم يُنضّض الشيك إلى نقد، و يقبله البنك."

وجاء في المادة ٤٥(٢) من قانون بيع المال الإنكليزيّ ١٨٩٣ ما خلاصتُه أنّه إن أُصدر من قبل المشتري ورقٌ قابلٌ للتداول (وهذا الاصطلاح يتناول الشيك أيضاً) وتسلّمه المشتري بصفته "وفاءً مشروطاً" ولم يحصُل ذلك الشرط بسبب فشل الورق أو بسبب آخر، فإنّه يُعتبر أنّ البائع لم يوفَ له الثّمن."[2] وبهذا يتبيّن أنّ

---

(١) Wikipedia, under the article "Payment"

(٢) "The seller of goods is deemed to be an "unpaid seller" within the meaning of this Act_

(a) ...

(b) when a bill of exchange or other negotiable instrument has been received as conditional payment, and the condition on which it is received has not been fulfilled by reason of the dishonor of the instrument or otherwise." (Sale of Goods Act, Section 45)

www.besturdubooks.wordpress.com

الأصلَ أنّ تسليم الشّيك لايُعتبر قبضاً لمحتواه، ولكن يحقّ للطّرفين في بعض الأوراق القابلة للتّداول، مثل الكمبيالة، أن يتّفقا على كونه نهائيًا. وحينئذ يكون العقد عقد بيع الدّين، كما مرّ في حكم الكمبيالة

والوجهُ الثّاني: أنّ القبضَ الحكميّ إنّما يُعتبر في البيوع العاديّة. أمّا عقود الصّرف، فإنّه يلزم فيها القبض الحقيقيّ. وإنّ مذهب الحنفيّة أوسعُ المذاهب في اعتبار التّخلية قبضاً حكميّاً، (لأنّ غيرهم من الأئمّة الأربعة لايعتبرون التّخليةَ في حكم القبض الحقيقيّ في غير العقار). ثمّ قد صرّح الحنفيّةُ بأنّ التّخليةَ لاتقوم مقامَ القبض في الصّرْف. فقد جاء في الدّرّ المختار عند بيان شروط صحّة الصّرْف: "والتّقابضُ بالبراجم، لابالتّخلية." وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحته:

"قوله: "لا بالتّخلية" أشار إلى أنّ التّقييد بالبراجم للاحتراز عن التّخلية، واشتراطِ القبض بالفعل، لاخصوص البراجم، حتّى لو وضعه له في كفّه أو في جيبه، صار قابضاً."[1]

ومن هذه الجهات يصعُب أن يُقال إنّ قبض الشّيك الشّخصيّ قبضٌ لمحتواه في الصّرف. ولذلك قيّد مجمع الفقه الإسلاميّ اعتباره قبضاً حكميّاً بأن يحجز البنك مبلغَه، وهذا لايقع في الشّيك الشّخصيّ. ومعنى ذلك أنّ المجمع قصر قراره على الشّيك المصرفيّ، ولم يقُلْ بأنّ تسلّم الشّيك الشّخصيّ يقوم مقام القبض الحقيقيّ.

والّذي يظهر لي _ والله سبحانه أعلم _ أنّ العلماء الّذين اعتبروا قبض الشّيك الشّخصيّ قبضاً حكميًا إنّما فعلوا ذلك لضرورة إرسال المبالغ عن طريق البنك، وقد

---

(١) ردالمحتار" باب الصّرف ١٥: ٥٢٠ فقره ٢٥١٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

اعتبروه صَرفاً يُشترط فيه التّقابض في المجلس. وسوف نبحث هذه القضيّة في باب الصَّرف إن شاء الله تعالى.

٢٠٥- إيفاء الثّمن عن طريق بطاقات الإئتمان

٣- وقد يقع دفعُ الثّمن عن طريق بطاقة الائتمان (Credit Card) وخلاصة هذه العمليّة أنّ بعض البنوك تُصدِر هذه البطاقات وتُعطيها لعُملائها لقاءَ رسوم محدّدة، وللبنوك تعاقدٌ مع التّجار بأنّ حاملَ هذه البطاقة حينما يشتري منهم بضاعةً أو خدمةً متقوّمة، فإنّه بدلاً من دفعِ قيمتها أو أجرتها نقداً، يُريهم هذه البطاقة، والتّاجرُ بعد التّأكد من صحّتها، يحصُل على توقيع من المشترى على فاتورة البيع أو الإجارة. وبذلك تنتهي مسئوليّةُ حاملِ البطاقة. ثمّ البنكُ مُصدِرُ البطاقة قد يسحَب مبلغ الثّمن من حساب المشترى لديه، ويُحوِّله إلى حساب البائع، وقد يدفعُ الثّمنَ إلى التّاجر بنفسه بعد خَصْم عمولته، ويحصُل على ذلك الثّمن من المشتري حاملِ البطاقة في مدّة معلومة. فإن لم يؤدِّ المشتري ذلك الثّمن في مدّة محدّدة ، فإنّ مُصدر البطاقة يتقاضى عليها فائدةً ربويّة.

وإنّ اسم "بطاقة الإئتمان" وإن كان يُطلق في العرف العامّ لجميع البطاقات التي يُدفع الثمن بها ، ولكنّ الواقع الاصطلاحيّ أنّ هذه البطاقاتِ على أقسام ثلاثة، وحكمُ كلّ واحدٍ منها يختلف عن الآخر في بعض الحالات. فنذكر حكمِ كلّ واحد منها وتكييفها الشّرعيّ بصفة مستقلّة فيما يأتي إن شاء الله تعالى. وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد والصّواب.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٠٦ـ القسم الأول: بطاقة الإئتمان

المراد من "بطاقة الإئتمان" في الاصطلاح المصرفي بطاقةٌ يُتيحُ لحاملها فرصة أن يشتري بها بضائع، وأن يؤدي مُصدرُ البطاقة ثمنَها إلى التاجر، ثمّ إنه يُعطي حاملَ البطاقة أجلاً لدفع ذلك الثمن مع فائدة ربويّة. وإنّ العمليّةَ في هذه البطاقة عمليّةٌ ربويّةٌ بحتة لاتجوز، ولايحتاج بيانُ حكمها إلى تفصيلٍ آخر.

٢٠٧ـ القسم الثاني: بطاقة الحسم الفوريّ (Debit Card)

وإنّ هذه البطاقة تُصدَر لمن له حسابٌ في البنك المصدِر. وحينما يشترى حاملُ البطاقة بضاعةً من التاجر، ويوقّع على الفاتورة، فإنّ مبلغَ الثمن يُسحب من حسابه فوراً، ويدفع البنكُ المصدِر ذلك المبلغ إلى التاجر. وميزة هذه البطاقة أنّه ليس فيها احتمالُ فرض الفائدة الرّبويّة على حاملها، لأنّها لاتُستخدم إلاّ في حدود رصيده في البنك، وإنّ البنك يسحب المبلغَ من ذلك الحساب فوراً.

وإنّ تكييفها الفقهيّ أنّ المشتريَ أصبح مديناً للتاجر، ووجب عليه دفعُ الثمن، ولكنّه حوّل البائعَ إلى مُصدر البطاقة، ليتقاضى البائعُ الثمنَ منه، وقَبِل البائع ذلك. فالمشترى مُحيلٌ، والبائعُ مُحال، ومُصدِرُ البطاقة مُحالٌ عليه. وبما أنّ المحالَ عليه، وهو البنك، مديونٌ للمُحيل (حامل البطاقة) بدينٍ مستقرٍّ في ذمّته، لأنّ له رصيداً كافياً لدى البنك، فإنّ هذه الحوالةَ مقيّدةٌ تجوز في جميع المذاهب. وقد تمّت الحوالةُ برضا كلّ واحدٍ من هذه الأطراف، لأنّ إصدارَ البطاقة لصالح المشترى موافَقةٌ من البنك المصدر على قبول الحوالة بحدود رصيد المشترى عنده.

والعادةُ في كثيرٍ من بطاقات الحسم الفوريّ أنّ المصدِر لايتقاضى على الإصدار أيّة

www.besturdubooks.wordpress.com

رسوم، ولئن كان أحدٌ من البنوك يتقاضى عليها رسوماً، فإنّه ينطبق عليها ما سيأتي من حُكمها في القسم الآتي إن شاء الله تعالى. وكذلك ليس في هذه البطاقة احتمالُ فرضِ الفائدة الرِّبويّة. ولذلك ليس هناك محظور شرعيّ في استخدام هذه البطاقة بالنّسبة لحاملها. أمّا بالنّسبة إلى التّاجر الّذي يقبل البطاقة ويبيع البضائع على أساس ذلك، فحكمُه سيأتي في القسم الثّاني إن شاء الله تعالى.

٢٠٨ – القسم الثّالث: بطاقة الحسم المتأخر (Charge Card)

أمّا بطاقةُ الحسم المتأخّر، فإنّه لايُشترطُ فيها أن يكونَ لحاملِ البطاقة رصيدٌ في البنك المصدر، بل يُصدرُها البنكُ ثقةً بملاءة حاملها. وكلّما يشتري حاملُ البطاقة بضاعةً أو خدمة، فإنّ المصدرَ يدفع الثّمن إلى البائع بعد حسْم عمولته، ثمّ يتقاضى ذلك من المشتري، والعادةُ المتّبَعة أنّ المشتريَ يُعطي فترةً قصيرةً، مثل شهر، ليُسدّد فيها الثّمن إلى مُصدر البطاقة. وفي هذه الفترة لا يتقاضى المُصدرُ أيّة زيادة ربويّة على الثّمن، وتُسمّى هذه الفترةُ "فترة السّماح" (Grace Period)، ولكن يُشترطُ في التّعاقد معه أنّه إن لم يُسدّد الثّمن في تلك الفترة، فإنّ المصدرَ يتقاضى عليه فوائدَ ربويّةً عاديّة.

وإنّ هناك مسائل ثلاثة بالنّسبة إلى هذه البطاقات من النّاحية الشّرعيّة:

الأوّل: حكمُ الرّسوم الّتي يتقاضاها مُصدِر البطاقة من حامل البطاقة.

والثّاني: حكمُ العمولة الّتي يتقاضاها مُصدر البطاقة من التّاجر.

والثّالث: حكم التّعاقد مع مُصدر البطاقة للحصول عليها مع أنّ العقد يُصرّح بأنّ

www.besturdubooks.wordpress.com

حامله إن لم يسدّد الثمن، فإنّ مُصدر البطاقة يتقاضى عليها فائدةً ربويّة.

ولنتكلّم على كلّ واحد من هذه المسائل:

٢٠٩- حكم عمولة إصدار البطاقة

أمّا المسئلة الأولى، وهيَ أنّ مُصدر البطاقة يتقاضى رسوماً على إصدارها، فإنّه يتقاضى نوعين من الرّسوم. الأوّل: رسومٌ يُطالَب بها حاملُ البطاقة مرّةً واحدةً عند أوّل طلبه للبطاقة، وقد تُسمّى "رسوم العضويّة". والثّاني: رسومٌ سنويّةٌ لتجديد البطاقة. وكلٌّ واحدٍ من القسمين مبلغٌ مقطوعٌ لا يرتبط باستخدام البطاقة فعلاً.

واعتبر العلماء المعاصرون النّوع الأوّل من الرّسوم أجرةً لإصدار البطاقة الّذي يحتاج إلى الإجراآت والخدمات الّتي يُقدّمها مُصدرُ البطاقة من فتْح ملفّ العميل عنده، وإجراءِ حسابه، وتعريفِ الجهات الّتي سيحتاج إلى التّعامل معها، وإعداد البطاقة. (فإنّ البطاقةَ تحتاج إلى إعدادٍ فنّيّ من قِبَل أصحاب الاختصاص) وإرسالها إليه، وهي مملوكةٌ للمُصدر، وتلقّي تعليماته من حينٍ لآخر، وإيصال دينه إلى التّاجر.

أمّا النّوع الثّاني من الرّسوم، وهي رسومُ التّجديد كلّ سنة، فهي مقابلةٌ أيضاً تمثل هذه الإجراآت والخدمات،[١] لأنّ التّجديد يحتاجُ إلى إصدار بطاقة جديدة، فإنّ أوضاعَ حامل البطاقة ومُصدرها وقابليها ربّما تختلف بمرور سنة، فإنّ هذه الإجراآتِ تحتاج إلى تجديد، غير أنّ الإجراآت السّنويّة أقلّ بالنّسبة للإجراآت في أوّل إصدار البطاقة، فرسومُ التّجديد أقلّ من رسوم العضويّة الأولى.

---

(١) بحث فضيلة الدّكتور عبدالستار أبوغدة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١: ٣٦٢ وفضيلة الشيخ عبدالوهاب أبو سليمان في العدد العاشر من المجلّة ١: ٧٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والظّاهرُ أنَّ هذا التّكييف صحيح، فإنّ مثل هذه الإجراآت والخدمات لايجب أن تكون أجرتُها محدّدةً بالنّفقات الفعليّة، ولكن يجب أن لا تتجاوز أجرة المثل لهذه الخدمات.

وقد يُظَنّ أنّ هذه الرّسوم مقابلةٌ للقروض الّتي يُقدّمها المصدر إلى حامل البطاقة عند شراء البضاعات وغيرها بدفع ثمنها إلى التّجّار قبل أن يُطالِب به حاملَ البطاقة. ولكنّ الظّاهر أنّ هذا التّكييف غيرُ صحيح. وذلك لأنّ هذه الرّسومَ لا ترتبط بالمبالغ المدفوعة من مُصدر البطاقة، وذلك لعدّة أسباب:

أوّلاً، قد يكون لحامل هذه البطاقة حسابٌ في البنك المصدر، ويأمره حاملُ البطاقة بأن تُسدّد الفواتير من حسابه مباشرةً، فلا ينشأ على حامل البطاقة دَينٌ إطلاقاً، ومع ذلك يجب عليه أن يدفع هذه الرّسوم لإصدار البطاقة. وهذا دليلٌ على أنّ الرّسوم لاعلاقةَ لها بالدَّين.

وثانياً: إنّ هذه الرّسوم يُطالَب بها عند إصدار البطاقة أو تجديدها قبل أن ينشأ دينٌ، وإنّها تُدفع ولولم يستخدمها صاحبُها أبداً، ولم يدفع مُصدرُها شيئاً بالنّيابة عن حامل البطاقة.

وثالثاً:إنّ الرّسوم لاتختلف بقدر استخدام البطاقة، فيمكن أن لايشتريَ بها أحدٌ من النّاس طولَ السّنة إلاّ بضاعةً واحدةً بعشرة دولارات فقط، ويُمكن أن يشتريَ بها آخرُ بضائعَ قيمتُها عشرةُ آلاف دولار، أو أكثر، وإنّ الرّسومَ في كلتا الحالتين واحدةٌ لاتختلف.

فالظّاهرُ أنّ هذه الرّسومَ مقابلةٌ للخدمات المذكورة لإصدار البطاقة والإجراآت الّتي

www.besturdubooks.wordpress.com

يُحتاج إليها لاستخدامها من قِبل الحامل. ولكن لاشكَّ أنَّ في معظم الأحوال يدفع البنك المصدر مبالغَ من عنده لتسديد فواتير حامل البطاقة قبل أن يُطالبه بتلك المبالغ، وهيَ في هذه الفترة قرضٌ يُقدّمه البنك للحامل، فتكونُ هذه الخدمات مصحوبةً بالقرض في تلك الحالة، ومتى كانت الخدمات متعلّقةً بالقرض أو مصحوبةً به، فإنَّ الواجبَ أن لايُتقاضى عليها أجرةٌ أكثرُ من أجرة المثل، لتفادي شُبهة الرّبا في ما زاد على أجر المثل.

ونظيره ما ذكره الفقهاء من أنّه لايجوز أخذُ الأجرة على القضاء والإفتاء، ولكن يجوزُ أخذُ الأجرة على كتابة الوثائق وغيرها. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى:

"يستحقّ القاضي الأجرَ على كتب الوثائق والمحاضر والسّجلاّت قدر ما يجوز لغيره كالمفتي، فإنّه يستحقّ الأجر على كتابة الفتوى، لأنَّ الواجبَ عليه الجوابُ باللّسان، دون الكتابة بالبنان. ومع هذا الكفُّ أولى، احترازاً عن القِيل والقال، وصيانةً لماء الوجه عن الابتذال."[1]

فعلى هذا ينبغي أن تكونَ أجرةُ الأعمال الإداريّة والخدمات المتعلّقة بها بقدر أجر المثل لتلك الخدمات، ولاتتجاوز أجر المثل، لئلاّ تبقى هناك شائبةٌ لتقاضي الفائدة على القروض الّتي تنشأ باستخدام البطاقة.

٢١٠ ـ حكم العمولة المأخوذة من التّاجر

المسألة الثّانية: حكمُ العمولة الّتي يتقاضاها مُصدِر البطاقة من التّاجر، وهي نسبةٌ

---

(١) الدر المختار مع ردّ المحتار، كتاب الإجارة، مسائل شتّى ٦: ٩٢

متّفقٌ عليها من ثمن المبيعات، تتراوح ما بين ٢% و ٤%.

واختلفت آراءُ العلماء المعاصرين في تكييف هذه العمولة. فقيل: إنّ هذه العمولة بمثابة حسم الكمبيالات، بمعنى أنّ مُصدر البطاقة يُسدّد دَين البائع على المشتري بعد حسْم نسبة منه لتعجيل الدّفع، وهو في حكم الرّبا، كما تقرّر في حكم حسم الكمبيالة. ولكنّ هذا التّكييفَ غيرُ صحيح. أمّا أولاً، فلأنّ أثمانَ الشّراء بالبطاقة كلُّها حالّةٌ، وليست مؤجّلةً، مثل ما تكون مؤجّلةً في الكمبيالات، وإنّما يحرُم حسم الكمبيالات لأنّ حَسم بعض الدَّين يكون مقابلَ تخفيض الأجل، وهو شعبةٌ من شُعب الرّبا. أمّا حسمُ بعض الدّين الحالّ عند الأداء، فإنّه ليس مقابلَ تخفيض الأجل، فلايُعتبر رباً، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

والتّكييفُ الثّاني الّذي ذكره بعضُ المعاصرين أنّ التّاجرَ وكّل مُصدِر البطاقة بتسلُّم دَينه من حامل البطاقة، فمُصدِرُ البطاقة وكيلٌ له بتسلُّم الدّين. وإنّ العمولة الّتي يحسمها المصدرُ هي أجرةٌ للوكالة من هذه الجهة. ولكنّه يُشكِل عليه أنّ المصدر يدفع دَين الحامل من عنده، ثمّ يُطالب الحامل بأصل الدَّين، ولو كان توكيلاً، لطالبَ الحاملَ بذلك الدَّين، وأدّاه إلى التّاجر. وأجاب عنه فضيلة الدّكتور عبد السّتار أبو غُدّة، حفظه الله تعالى بقوله:

"أنّ العمليّة فيها تقديمٌ وتأخير اقتضاها سهولةُ أداء المُهمّة المزدوجة، وهي تحصيل الفواتير، وأداءُ المبالغ لمستحقّها. فقد بادرت شركةُ البطاقة بالدّفع من طرفها لقيمة الفواتير إلى أصحاب المحلاّت والخدمات، ثمّ حصّلتها من حاملي البطاقات. وذلك لضبط التزاماتها مع أصحاب البضائع والخدمات، إذ لاتستطيع شركةُ البطاقة ضبط مواعيد التّحصيل من العملاء في حين أنّها

www.besturdubooks.wordpress.com

يُمكن التّحكّم فيما تدفعه من عندها، ثمّ تقوم بتحصيله. ومن المقرّر شرعاً جواز أخذ أجر معلوم متّفق عليه على كلّ من تحصيل الدّين، أو توصيل الدّين."(١)

وإنّ هذا التّكييف وإن كان له وجه، ولكنّ الّذي يظهرلي ـ والله سبحانه وتعالى أعلم ـ أنّ العمليّة في بطاقة الحسم الآجل عمليّة الحوالة. فإن كان لحامل البطاقة حساب في البنك المُصدر بقدر فاتورة التّاجر، فإنّه حوالة مقيّدة تجوز عند جميع الفقهاء،. وإن لم يكن له حساب في البنك المُصدر، فإنّه حوالة مُطلقة، والحوالة المطلقة، وإن كان فيها خلاف الأئمة الآخرين، فإنّها جائزة عند الحنفيّة. وحامل البطاقة وجب عليه دين للتّاجر، وإنّه أحال التّاجر على البنك المصدر للبطاقة، فصار هو مُحيلاً، والتّاجر مُحالاً، ومُصدر البطاقة مُحالاً عليه، وتمّت الحوالة على قول الحنفيّة برضا الأطراف الثّلاثة، لأنّ إصدار البطاقة لصالح الحامل موافقة من المصدر على قبول الحوالة. والحوالة كما هو معروف فقهاً: نقل ذمّة إلى ذمّة أخرى. فانتقلت ذمّة الحامل إلى ذمّة المصدر، وصار مُصدر البطاقة مديوناً للتّاجر بدين حالّ.

وبعد تعيين هذه العلاقة بين المُصدر والتّاجر، ينبغي أن تُراعى النّقاط الآتية:

الأولى: أنّ هذا الدّين الّذي وجب على المصدر دين حالّ، وليس مؤجّلاً، فلو حسم منه شيئاً برضا التّاجر الدّائن، فإنّه ليس حسماً مقابل تخفيض الأجل، ولا داخلاً في "ضع وتعجّل" الممنوع. لأنّ "ضع وتعجّل" ممنوع في الدّيون المؤجّلة فقط، وليس

---

(١) بحث الدّكتور عبد السّتار أبوغدّة، "بطاقة الإئتمان وتكييفها الشّرعي" مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السّابع ١: ٣٦٥ و٣٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

في الدّيون الحالّة. جاء في الهداية:

"ومَن له على آخر ألف درهم، فقال: أدِّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنّك بريءٌ من الفضل، فهو بريئ."(١)

وجاء في المدوّنة الكبرى للإمام مالك رحمه الله تعالى:

"قلت: أرأيت لو أنّ لي على رجل ألف درهم قد حلّت، فقلت: اشهدوا إن أعطاني مائة درهم عند رأس الشّهر، فالتّسعمائة درهم له، وإن لم يعطني فالألف كلّها عليه. قال: قال مالك: لابأس به."(٢)

وبما أنّ الدّين على مُصدر البطاقة حالّ، فيجوز منه الحسم برضا الطّرفين.

النّقطةُ الثّانية: أنّ مُصدر البطاقة أو وكيلَه يُزوّد التّاجرَ بالماكينة الّتي تتمّ به عمليّةُ قبول البطاقة، وهيَ بذاتها لها قيمة، وتكونُ مع التّاجر مملوكةً للمُصدر، يستخدمها التّاجرُ لصالحه، ويقوم المُصدر بصيانة هذه الماكينة دوريّاً، ويحقّ له من هذه الجهة أخذُ الأجرة على ذلك.

النّقطة الثّالثة: أنّ مُصدرَ البطاقة يوفّر للتّاجر الأوراقَ الّتي تُطبع عليها الفاتورةُ، ويوقّع عليها العميل، وتكون نُسخةٌ منها مع حامل البطاقة، ونُسخةٌ أخرى مع التّاجر الّتي يُطالبُ بها مُصدر البطاقة أو وكيلَه بمبلغ الفاتورة.

النّقطة الرّابعة: أنّ مُصدر البطاقة يزوّد التّاجر بالتّعليمات والإجراآت المطلوب

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصّلح، باب الصّلح في الدّين ٧: ٣٩٧

(٢) المدوّنة الكبرى، آخر كتاب الصّلح، ٣: ٣٩٧ وقد ذكرتُ نصوصاً أخرى في الموضوع في رسالتي "البيع بالتّقسيط" في "بحوث في قضايا فقهيّة معاصرة" ١: ٣٠ و٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

اتباعها منه عندما يتقدم حاملُ البطاقة لشراء بضاعته منه.

النقطة الخامسة: إنّ إصدارَ البطاقة وترتيبَ قبولها من التّاجر يجلب زبائنَ إلى التّاجر، ويُشجّع النّاس على الشّراء منه، لأنّ الشّراء ممّن يقبل البطاقةَ أيسرُ للمشترين. ففيه منافعُ للتّاجر تُشبه منافع السّمسرة.

ونظراً للنّقطة الأولى، لو كان مُصدرُ البطاقة يطلبُ تخفيض الدّين بدون أيّة خدمة، ورضيَ بذلك الدّائن، لجاز ذلك لكون الدّين حالاً، لاينطبق عليه حكم "ضع وتعجّل". ولكن لو كان الأمر مقتصراً على التّخفيض، لما جاز لمصدر البطاقة أن يرجع على حامل البطاقة (المحيل) بكامل الثّمن، لأنّ المحال عليه في الحوالة المطلقة لو صالح الدائن على أقلّ من الدّين، فإنّه يرجع على المحيل بما أدّى، لا بما قبل الحوالة به. جاء في الجوهرة النّيّرة:

"ولو رضيَ المحالُ له من المحال عليه بدون حقّه، وأبرأه عن الباقي نحو أن يُصالحه على بعض حقّه، وأبرأه عن الباقي، فإنّه يرجع عن المحيل بذلك القدر لاغير."[١]

ولكنّ أداءَ الدّين في مسئلتنا مصحوبٌ بهذه الخدمات الّتي ذكرنا ها في النّقاط الثّلاثة الأخيرة، فالتّخفيضُ مقابلٌ لهذه الخدمات، فكأنّه عند قضاء الدّين أجرى مقاصّةَ أجرته منه. ولذلك يستحقّ الرّجوعَ على حامل البطاقة بكامل الدّين. ويتبيّن من هذا أنّ العمولةَ الّتي يأخذها مُصدرُ البطاقة ليس بمثابة خصم الكمبيالة، وإنّما هي مُقابلةٌ لعدّة خدماتٍ متقوّمةٍ يُقدّمها لصالح التّاجر، فليس هناك إشكالٌ في جواز

(١) الجوهرة النّيّرة شرح مختصر القدوري، أول كتاب الحوالة ١: ٣٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

دفعها وأخذها.

٢١١- حكم غرامة التأخير والدخول في العقد بهذا الشرط

المسألة الثالثة: حكمُ التعاقد مع مُصدر البطاقة في حين أنّ العقد يُصرّح بأنّ حامل البطاقة إن لم يُسدّد الفاتورة خلالَ فترة السّماح، الّتي هيَ شهرٌ عادةً، فإنّ المصدر يتقاضى عليه زيادةً، فإنّ مثل هذا الاشتراط محرّمٌ شرعاً لكونه رباً. ولكن يُمكن لحامل البطاقة التّحرّز منه بأن يأمر مُصدر البطاقة أن يخصم مبلغ الفاتورة من حسابه مباشرة. وقد تسمح بعض شركات البطاقة بذلك إمّا من حساب حامل البطاقة عند المصدر، وإمّا من حسابه في بنك آخر.

أمّا إذا لم يتيسّر ذلك، فهل يجوز لمسلم أن يأخذ البطاقة ويُوقّع على العقد الّذي فيه هذا الشّرط بنيّة أنّه سيدفع الفواتير في حينها قبل أن تُفرض عليها زيادةٌ ربويّة، ولايُطبّق هذا الشّرط فعلاً؟ فيه خلافٌ للعلماء المعاصرين. فقال بعضهم: إنّ مجرّد التّوقيع على هذا الشّرط دخولٌ في عقد محرّم، فلا يجوز، ولو كان بنيّة عدم تطبيقه في الواقع. وقال آخرون: إنّ حامل البطاقة إن كان على يقين بأنّ هذا الشّرط لايُطبّقُ فعلاً لعزم أداءه مبلغَ الفاتورة خلال الفترة المحدّدة، فإنّه يجوز. واستأنسوا لذلك بحديث عائشة في قصّة بريرة رضي الله تعالى عنهما، حيثُ قال لها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "اشترطي لهم الولاء، فإنّ الولاء لمن أعتق."[1] فأجاز هذا الاشتراط، لأنّ الشّرط لايُطبّق فعلاً.

ولكنّ هذا الاستدلال فيه نظر، لأنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كان في قدرته أن

---

(١) أخرجه البخاريّ في صحيحه، كتاب البيوع، باب ٧٣ حديث ٢١٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

يُبطل هذا الشّرط. وقد أبطل ذلك في خطبته التي خطبها بعد ذلك. أمّا حاملُ البطاقة، فليس في مُكنته أن يُبطل هذا الشّرط. غايةُ ما في وُسعه أن يؤدّي الفاتورة في حينه لئلاّ يُطبّق الشّرط. ولكنّ مثلَ هذه الشروط قد عمّت بها البلوى في زماننا، فإنّ مثل هذه الشّروط تُوجد في كثير من التّعاملات، مثل التّعامل مع شركة الكهرباء، وشركات الهواتف، وغيرها، فإنّ شرط غرامة التّأخير موجودٌ في جميع ذلك، ولكن يُشكل القول بأنّه لايجوز للإنسان أن يتعاقد مع هذه الشّركات للحصول على الكهرباء والهاتف وغير ذلك، بل جرى التّعامل على أنّ الإنسانَ يتعاقد معها من غير نكير بشرط أن يكون في عزمه أن يؤدّيَ واجباته في حينها. وإنّما أجيز ذلك لحاجة عامّة. فإن لم يتيسّر الحصول على بطاقة الحسم الفوريّ، ولا التّعاقد مع مُصدر البطاقة بأن يسحب مبلغ الفاتورة من حساب الحامل، واشتدّت الحاجةُ إلى مثل هذه البطاقة. فالمرجوّ أنّ حامله يُعتبر معذوراً في الدّخول في هذا العقد إن شاء الله تعالى بعد أخذ جميع الاحتياطات اللاّزمة لأن لايلجأ إلى دفع الفائدة الرّبويّة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢١٢-هل يُعتبر توقيع الحامل على الفاتورة قبضاً للثّمن من قبل البائع؟

قال بعضُ العلماء المعاصرين: التّوقيعُ من قِبل حامل البطاقة يُعتبر قبضاً من البائع للثّمن. جاء في المعايير الشرعيّة للمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة من جملة صُور القبض:

"تسلُّمُ البائعِ قسيمةَ الدّفع الموقّعة من حامل بطاقة الائتمان (المشتري) في الحالة التي يُمكن فيها للمؤسّسة المصدرة للبطاقة أن تدفعَ المبلغَ إلى قابل

www.besturdubooks.wordpress.com

البطاقة بدون أجل."[1]

ولي فيه نظر، لأنّ براءة ذمّة المشتري شيئٌ وحصول القبض من البائع شيئٌ آخر كما قدّمنا في مبحث الشّيك الشّخصيّ. والّذي يحصل بتوقيع المشتري هو الأوّل دون الثاني، لأنّ توقيعَ حاملِ البطاقة على قسيمة الدّفع لايتجاوز من أنّه أحالَ البائعَ على المؤسّسة التي أصدرت البطاقة، وأصبح هو دائناً لها، فلو أفلست المؤسّسةُ، يكونُ هو أسوةَ لغرمائه على قول أبي حنيفة، ويرجعُ على حامل البطاقة على قول الصّاحبين. فلايتحقّق القبضُ من البائع بمجرّد قبول الحوالة، ولايتأتّى ههنا ماذكرناه في الشّيك المصرفيّ. لأنّ البنك مُصدر البطاقة لم يقبض شيئاً من قِبَل المشتري المدين، حتّى يُقال: إنّه وكيلٌ للدّائن في قبض الدَّين كما ذكرناه في مسئلة الشّيك المصرفيّ. والواقعُ أنّ البنك المصدر إنّما يدفع الثّمنَ إلى البائع قبل أن يُطالب المشتري/حاملَ البطاقة بتسديد مبلغه إليه. فليس التّوقيعُ على قسيمة الدّفع قبضاً من البائع للثّمن، ولكن تبرأ به ذمّةُ المشتري، كما تبرأ بحوالة الدَّين.[2] والله سبحانه وتعالى أعلم.

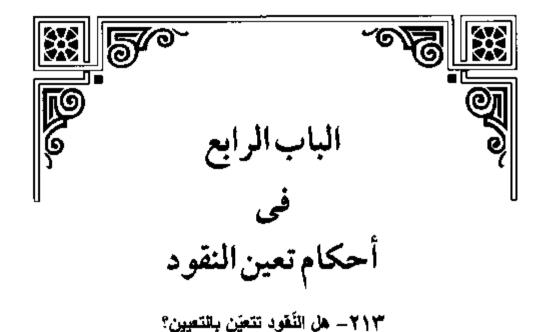
---

(١) المعايير الشرعية" معيار رقم ١ المتاجرة في العملات بند ٢/٦/٥ج

(٢) وننبه أن المعايير الشرعية قد أصدرت من قبل المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الذي يتكون من نحو عشرين من علماء البلاد المختلفة، وكنت رئيساً لذلك المجلس. ولكنّي أوضحت في مقدمة المعايير الشرعية أن القرارات إنما اُتّخذت في بعض الأمور المختلف فيها بالأغلبية، وسُجّل الخلاف في محاضر المجلس، وبما أن المعايير إنما صدرت باسم المجلس، وليس باسم الأعضاء بصفتهم الشخصية، كما هو شأن المجامع الدولية الأخرى، فإنه لم يظهر فيها الخلاف. ولذا فلا ينسب كل ماجاء فيها إلى كل عضو بصفته الشخصية.

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الرابع في أحكام تعين النقود

٢١٣- هل النّقود تتعيّن بالتعيين؟

وبما أنّ الغالبَ في الثّمن أنّها نقود، فمن المناسِب هنا ذكرُ مسئلة تعيّنها في العقود. فالنّقودُ عند الحنفيّة لاتتعيّنُ بالتّعيين. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"فالدّراهمُ والدّنانيرُ على أصل أصحابنا أثمانٌ لاتتعيّن في عقود المعاوضات في حقّ الاستحقاق وإن عُيّنت، حتّى لوقال: بعتُ منك هذا الثّوبَ بهذه الدّراهم، أو بهذه الدّنانير كان للمشتري أن يُمسِك المشارَ إليه ويردُّ مثله، ولكنّها تتعيّن في حقّ ضمانِ الجنس والنّوع والصّفة والقدْر، حتىّ يجب عليه ردُّ مثل المشار إليه جنساً، ونوعاً، وقدراً، وصفةً. ولو هلك المشارُ إليه لايبطُل العقد."[1]

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٨٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال الأئمة الثلاثة: تتعيّن الأثمانُ بالتعيين. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

"والدّراهمَ والدّنانيرُ تتعيّن بالتعيين في العقد بمعنى أنّه يثبت الملكُ بالعقد فيما عيّناه، ويتعيّن عوضاً فيه. فلايجوز إبداله. وإن خرج مغصوباً بطل العقد. وبهذا قال مالك والشّافعيّ. وعن أحمد أنّها لاتتعيّن بالعقد. فيجوز إبدالها، ولايبطل العقد بخروجها مغصوبةً، وهذا مذهب أبي حنيفة."[1]

ذكر ابنُ قدامة أنّ مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى موافقٌ لمذهب الشّافعيّة، ولكن ذكر القرافيّ رحمه الله تعالى أنّ مشهورَ مذهبه مثلُ مذهب أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.[2]

ويتفرّع على هذا الخلاف أنّه لايجوز للبائع عند الشّافعيّة وغيرهم أن يتصرّف في الثّمن المتعيّن قبل أن يقبضه،[3] ويجوز عند الحنفيّة. لأنّه إن اشترى شيئاً بذلك الثّمن، فإنّ عقد الشّراء ينصرف إلى مطلق الثّمن، لابالثّمن الّذي يتسلّم من مشتريه، إلاّ في بدل الصّرف، فلايجوز فيه التّصرّف قبل القبض. جاء في الهداية:

" قال: (ولا يجوز التّصرّف في ثمن الصّرف قبل قبضه حتّى لو باع ديناراً بعشرة دراهمَ ولم يقبض العشرةَ، حتّى اشترى بها ثوبًا، فالبيع في الثّوب فاسدٌ) لأنّ القبضَ مستحقٌّ بالعقد حقّاً لله تعالى، وفي تجويزه فواته. وكان ينبغي أن يجوز العقدُ في الثّوب، كما نُقل عن زفر رحمه الله تعالى، لأنّ

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ١٦٩ فصول في أحكام الصرف

(٢) الفروق للقرافيّ الفرق التّاسع والثّمانون والمائة ٣: ٢٥٥

(٣) المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الدّراهمَ لا تتعيّن، فينصرف العقدُ إلى مطلقه، ولكنّا نقول: الثّمنُ في باب الصّرف مبيعٌ، لأنّ البيعَ لا بدّ له منه، ولا شيءَ سوى الثّمنين: فيُجعلُ كلُّ واحدٍ منهما مبيعًا لعدم الأولويّة، وبيعُ المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون متعيّنًا، كما في المسلَم فيه."[1]

وبحث فيه ابنُ الهمام في فتح القدير وأيّد قول زفر رحمهما الله تعالى، لكون الدّراهم والدّنانير لاتتعيّن. وهذا إذا اشترى الثّوبَ بتصريح أنّ الثّمنَ ما سيحصُل عليه المشتري الثّاني من المشتري الأوّل. أمّا إذا أطلق واشترى الثّوب بدراهم، ولم يُصرّح بتعيينها، فلا خلافَ في جواز البيع.

وكذلك يتفرّع على الخلاف في تعيين النّقود أنّ المتعاقدَين في الصّرف إذا تصارفا، بأن باعَ أحدُهما دراهمَ بدينارٍ مثلاً، فهلك الدّينارُ والدّراهم قبل التّقابض أو استُحِقّت، فاستقرض كلُّ واحدٍ منهما ما وجب عليه بالصّرف، وأدّيا قبل التفرّق، جاز عند الحنفيّة، ولايجوز عند الشّافعيّة،[2] لأنّ العقدَ وقع على نقودٍ معيّنة، وقد هلكت أو استُحقّت، فبطل العقد. أمّا عند الحنفيّة، فلم تتعيّن الدّراهم ولا الدّينار، فلو وقع التّسليمُ والتّسلّمُ بنقودٍ أخرى جاز البيع.

٢١٤- العقود التي تتعيّن فيها النّقود عند الحنفيّة

ولكنّ عدمَ تعيّن النّقود عند الحنفيّة مختصٌّ بالمعاوضات. أمّا الأمانات، فإنّها تتعيّن فيها، مثلُ الوديعة والشّركة والمضاربة والوكالة، فإن هلكت النّقودُ في هذه العقود بعد

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصرف ٦: ٣٦٣ و ٣٦٤

(٢) جامع الفصولين، الفصل السابع عشر ١: ٢٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

التّسليم، بطلت العقودُ كلُّها، لأنّها وردت على نقودٍ متعيّنة وقد هلكت، وكذلك إن انفسخت هذه العقود لسببٍ من الأسباب، وجب على آخذ النّقود أن يردَّ عينَها، ولايجوز له استبدالُها بغيرها، فلو استبدلها صار ضامناً.

وكذلك تتعيّن النّقودُ في الهبة والصّدقة، بمعنى أنّ الواهبَ لووهب نقوداً معيّنة، وهلكت النّقودُ قبل التّسليم بطلت الهبة والصّدقة. وكذلك تتعيّنُ النّقودُ في الصّرف بعد فساده، فيَردُّ عينُ النّقد الّذي ورد عليه العقد.[1] وتتعيّن أيضاً إن بطل البيعُ بهلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، فيردُّ البائعُ عينَ ما قبضَ من المشتري في ثمنه، كما أنّها تتعيّن في الدَّين المشترك، إذا قبضَه أحدُ الشّريكين، فيؤمرُ بردُّ نصف ماقبض على شريكه، وفيما إذا تبيّن بُطلانُ القضاء، بأن أقرَّ بعد الأخذ أنّه لم يكن له على خصمه شيئٌ، فيردُّ عين ما قبض لو كان قائماً.[2]

وكذلك تتعيّن النّقودُ المغصوبةُ والمكتسَبةُ بطريقٍ محرّم، مثلِ الرِّبا. ولذلك وجب ردُّها على مالكها، فإن تعذّر ردُّها إلى مالكها، وجبَ التصدّقُ بها بقصد التّخلّص منها، وإيصالِ ثواب الصّدقة إلى مالكها. وبما أنّه صدقةٌ نافلةٌ عن مالكها، فيجوز صرفُها إلى من له قرابةُ الزّواج أوالولاد مع الّذي وجب عليه التّصدّق. وكذلك ينبغي أن لايُشترط فيه التّمليك. وقد ذكرتُ أدلّة ذلك في "فتاوى عثماني"[3]"

فإن وهبَ هذه النّقودَ (المكتسَبة بطريق محرّم) بعينها لغنيٍّ، لايجوز له أن يقبلها، ولو اشترى بعينها شيئاً، لايجوزُ للبائع أن يقبلَ هذه النّقودَ ثمناً للمبيع، ولو قبلها البائع، لم

---

(١) مثاله في مسئلة عند السرخسيّ في المبسوط، باب الصّرف في المرض ١٤: ٧٥

(٢) راجع ردّالمحتار ٤: ٧٠٢ و٧٠٣ والأشباه والنّظائر، الفنّ الثالث، أحكام النّقد ٣: ٥١ و٥٢

(٣) هي مجموع فتاواي باللغة الأردية، وهذا المبحث تجده في ص ١٢٨ ج ٣

www.besturdubooks.wordpress.com

يحِلُّ للبائع الانتفاع بها. وعلى القول بتعيين النّقود المغصوبة والمكتسبة بطريق حرام، فرّع الكرخيّ رحمه الله تعالى ما ذكره ابنُ عابدين عن التّتارخانيّة:

"رجلٌ اكتسب مالاً من حرام، ثمّ اشترى، فهذا على خمسة أوجه: إمّا أن دفع تلكَ الدّراهمَ إلى البائع أوّلاً، ثمّ اشترى منه بها، أو اشترى قبل الدّفع بها ودفعها، أو اشترى قبلَ الدّفع بها ودفع غيرَها، أو اشترى مطلقاً، ودفع تلك الدّراهم، أو اشترى بدراهمَ أُخَرَ، ودفع تلك الدّراهم. قال أبو نصر: يطيبُ له، ولا يجبُ عليه أن يتصدّق إلاّ في الوجه الأوّل. وإليه ذهب الفقيهُ أبو اللّيث.

لكنّ هذا خلافُ ظاهر الرّواية، فإنّه نصّ في الجامع الصّغير: إذا غصب ألفاً، فاشترى بها جاريةً، وباعها بألفين، تصدّق بالرّبح. وقال الكرخيُّ: في الوجه الأوّل والثّاني لا يطيب، وفي الثّلاث الأخيرة يطيب. وقال أبو بكر: لا يطيبُ في الكلّ، لكنّ الفتوى الآن على قول الكرخيّ دفعاً للحرج عن النّاس اهـ وفي الولوالجيّة: وقال بعضهم: لا يطيبُ في الوجوه كلّها، وهو المختار، ولكنّ الفتوى اليومَ على قول الكرخيّ دفعاً للحرج لكثرة الحرام اهـ وعلى هذا مشى المصنّف في كتاب الغصب تبعاً للدّرر وغيرها."[1]

وسيأتي تمام الكلام على ذلك مع تحقيق قول الكرخيّ رحمه الله تعالى في مبحث المال المكتسب بطريق حرام إن شاء الله تعالى.

---

(١) ردّ المحتار، كتاب البيع، باب المتفرقات ١٥: ٤٤١ و ٤٤٢ فقره ٢٤٩٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

٢١٥- تعيّن النّقود في البيع الفاسد

وأمّا في البيع الفاسد، ففيه روايتان عن الحنفيّة. وذكر في الدّرّ المختار أنّ الأصحّ أنها تتعيّن في البيع الفاسد. وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحته ناقلاً عن الأشباه والنّظائر: "النّقدُ لايتعيّن في المعاوضات، وفي تعيينه في العقد الفاسد روايتان." وأشار الحصكفيّ رحمه الله تعالى إلى الرّواية الّتي تقولُ بعدم تعيّن النّقود في البيع الفاسد أنّها صحيحة، والّتي تقول: إنّها تتعيّن في العقد الفاسد هي الأصحّ.[1] لأنّ صاحبَ الهداية جعلها أصحّ.[2]

ولكن ذكر ابنُ الهمام رحمه الله تعالى أنّ الأصحّ عدمُ تعيّن النّقود في البيع الفاسد. وذلك لأنّه مستنبطٌ من مسئلة ذكرها الإمام محمّد رحمه الله تعالى في الجامع الصّغير. ونصّها:

"ومن اشترى جاريةً بيعاً فاسداً. وتقابضا، فباعها وربح فيها، تصدّق بالرّبح، ويطيبُ للبائع ما ربح في الثّمن."

وعلّله صاحبُ الهداية بقوله: "والفرقُ أنّ الجارية ممّا يتعيّن، فيتعلّقُ العقدُ بها، فيتمكّنُ الخبثُ في الرّبح. والدّراهم والدّنانيرُ لايتعيّنان في العقود، فلم يتعلّق العقدُ الثّاني بعينها، فلم يتمكّن الخبث، فلا يجبُ التّصدّق."

وذكر صاحبُ العناية وابنُ الهمام وكثيرٌ من الفقهاء أنّ هذا إنّما يستقيمُ على الرّواية

---

(١) راجع الدر المختار مع ردّ المحتار ١٤: ٧٠٣ و ٧٠٤

(٢) الهداية مع فتح القدير ٦: ١٠١ باب البيع الفاسد، تحت قول المتن: "وإن مات البائع فالمشتري أحقّ به حتّى يستوفي الثّمن."

www.besturdubooks.wordpress.com

الّتي تقول: إنّ النّقود لاتتعيّن في البيع الفاسد، ولايستقيم على الرّواية الّتي تقول: إنّها تتعيّن فيه، لأنّ القول بأنّ العقد الثّاني لم يتعلّق بعين ما فيه الخبث إنّما يستقيم إذا قلنا بأنّ الدّراهم المقبوضة بالبيع الفاسد لم تكن متعيّنة.

ولكن اعترض عليه سعدي جلبي رحمه الله تعالى، وقال:

"فيه بحث، فإنّ عدم التّعيين، سواءٌ كان في المغصوب أو ثمن المبيع الفاسد، إنّما هو في العقد الثّاني، ولايضرُّ تعيُّنه في الأوّل."

وحاصله أنّ الدّراهم وإن تعيّنت في البيع الأوّل، فإنّها لاتتعيّن في البيع الثّاني، وعلّله ابنُ عابدين رحمه الله تعالى بقوله: "لكونه عقداً صحيحاً، حتّى لو أشار إليها وقت العقد، له دفعُ غيرها، فعدمُ تعيّنها في هذا العقد الصّحيح لاينافي كونَ الأصحّ تعيّنها في العقد الفاسد." وأقرّ ابنُ عابدين كلام جلبي ونقل عن الخير الرّمليّ مثله.

والحقُّ أنّ كونَ الدّراهم تتعيّن له معنيان: الأوّل: أن تصير بالتّعيين مثلَ العروض، بحيثُ إذا اشتُري بعينها شيءٌ، تعيّنت للمدّفع، كما قال الشّيخان في بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما، حيثُ يقعُ البيعُ على عينهما مثل العروض. وما ذكره ابنُ الهمام وصاحبُ العناية صحيحٌ بهذا المعنى، يعني أنّ الدّراهم إن تعيّنت في البيع الفاسد كما تتعيّنُ العروض، يقعُ العقدُ الثّاني على عينها إن وقع العقدُ عليها، ونقد المشتري منها، فيتمكّن الخبثُ فيما يُشترى بها. وبما أنّ رواية الجامع الصّغير صريحةٌ في أنّ ما يُشترى بها طيّبٌ، فلا يُمكن القولُ بتعيينها بهذا المعنى.

والمعنى الثّاني لتعيُّن الدّراهم في البيع الفاسد هو أنّه يجبُ ردُّ عينها إلى المشتري، ولايجوز أن يردّ إليه دراهمَ أخرى مكانها، ولكن لاتصيرُ بهذا التّعيين في حُكم

www.besturdubooks.wordpress.com

العروض المتعيّنة من كلّ وجه. بل إذا وقع شراءُ شيئٍ آخرَ بها، فإنّه يجرى على الأصل العام أنّ البيعَ الثّاني لا تتعيّن فيه الدّراهم، ويجوزُ أن يُشيرَ إلى تلك الدّراهم ويدفعَ غيرها. وإنّ ما قاله جلبي وأيّده ابنُ عابدين رحمهما الله تعالى هو التّعيينُ بهذاالمعنى. فإن أخذنا التّعيينَ بهذا المعنى، فإنّ مسئلةَ الجارية الّتى ذكرها الإمام محمّد رحمه الله تعالى فى الجامع الصّغير لاتدلّ على أنّ الدّراهمَ لا تتعيّن فى البيع الفاسد، لأنّه يُمكن أن تكونَ تعيّنت بمعنى أنّها يجبُ ردُّ عينِها إلى المشترى، ولكن لا تتعيّن إذا وقع شراءُ شيئٍ آخر بها، بل يقعُ البيعُ على دراهمَ مطلقة.

وقد صرّح السّرخسيّ رحمه الله تعالى فى الدّراهم المودَعة بأنّها تتعيّن بهذا المعنى، ولكن إذا وقع شراءُ شيئٍ بها، فإنّها لاتتعيّن فى البيع الثّانى. قال رحمه الله تعالى:

"فإن كانت (الوديعةُ) دراهمَ، فالدّراهمُ يُشترى بها، ثمّ يُنظر: إن اشترى بها بعَيْنها ونَقَدَها، لا يطيبُ له الفضلُ أيضاً، وإن اشترى بها، ونَقَدَ غيرَها، أو اشترى بدراهمَ مطلقة، ثمّ نَقَدَها، يطيب له الرِّبحُ هنا، لأنّ الدّراهمَ لا تتعيّن بنفس العقد، ما لم ينضمّ إليه التّسليمُ. ولهذا لو أراد أن يُسلِّم غيرَها كان له ذلك. فأمّا بالقبض يتعيّن نوعُ تعيُّنٍ. ولهذا لا يَملِك استردادَ المقبوض من البائع ليُعطِيَه مثلَها. فلهذا قلنا: إذا استعان فى العَقد والنَّقد جميعاً بالدّراهمِ الوديعة أو المغصوبة، لا يطيبُ له الفضلُ. وكذلك إن اشترى بها مأكولاً ونَقَدَها، لم يَحِلّ له أن يأكلَ ذلك قبلَ أداء الضّمان."(١)

ففى هذه العبارة، صرّح السّرخسيّ رحمه الله تعالى بأنّ التّعيينَ فى الدّراهم المودَعة

(١) المبسوط للسرخسيّ، كتاب الوديعة ١١: ١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

هو بالمعنى الثّاني، لا بالمعنى الأوّل، ولهذا قال في الجملة الّتي تحتها خطّ: "وإن اشترى بها، ونَقَدَ غيرَها، أو اشترى بدراهمَ مطلقة، ثمّ نَقَدَها، يطيب له الرِّبحُ هنا" وإلاّ فإن كان التّعيينُ بالمعنى الأوّل، لَما كان هناك معنىً للاشتراء بها ونقْدِ غيرها. فإن كان التّعيينُ في الدّراهم المودعة بالمعنى الثّاني، فالظّاهرُ أنّه كذلك في الدّراهم المقبوضة بالبيع الفاسد. وعلى هذا، فإنّ مسئلةَ الجارية المذكورة في الجامع الصّغير لا تدُلّ على عدم تعيين النّقود في البيع الفاسد، ولا على تعيينها. فهذه المسئلةُ لاعلاقةَ لها بتعيين النّقود في البيع الفاسد، لا نفياً ولا إثباتاً.

أمّا ماذكروه في الدّراهم المغصوبة من أنّ ربحَها لايطيب، فليس لكونها متعيّنةً بالمعنى الأوّل، بل لما ذكره صاحبُ الهداية وابنُ الهمام نفسُه بأنّ عدمَ الطِّيب مقصورٌ على ما إذا عُقد الشّراءُ بها، ونُقِد منها، لأنّ اجتماعَ الإشارة إليها والنّقدِ منها أورثَ شُبهةَ أنّ العقد وقعَ عليها، فتمكّن فيها الخبثُ بسبب هذه الشّبهة. وكذلك هذه الشّبهةُ موجودةٌ في الدّراهم المقبوضة ببيعٍ فاسد إذا وقع البيعُ الثّاني بها ونُقد منها، ولكن انضمّت إليها شبهةٌ أخرى، وهيَ شبهةُ عدم الملك، لأنّ المقبوضَ ببيع فاسد وإن كان يملكُه العاقد بعد القبض عند الحنفيّة، فإنّ فيه شبهةَ عدم الملك لحصوله بطريقٍ غير مشروع. فلمّا اجتمعت فيه شبهتان، نزلت الشّبهةُ إلى شُبهة الشّبهة، ولاتؤثّر شبهةُ الشّبهة في طِيب ما حصل بها، ولذلك ظهر الفرقُ بين المقبوض فاسداً وبين الدّراهم المغصوبة، حيثُ لا يطِيب ربحُ الأوّل، ويطيبُ ربحُ الثّاني.

فظهر بهذا أنّه لا يصحّ الاستدلالُ بمسئلة الجارية على أنّ الإمام محمّداً رحمه الله

www.besturdubooks.wordpress.com

تعالى يقول بعدم تعيين النّقود في البيع الفاسد. بل رُويت عنه روايتان: فروى عنه أبوسليمان أنّ النّقود تتعيّن في البيع الفاسد كما في الغصب أو البيع الباطل، وروى عنه أبوحفص أنّها لا تتعيّن في البيع الفاسد. وجهُ رواية أبي حفص أنّ البيع الفاسدَ قد اعتُبر كالبيع الصّحيح في بعض الأحكام، مثلِ ثبوت الملك بعد القبض، فكما أنّ النّقود لاتتعيّن في البيع الصّحيح، لا تتعيّن في البيع الفاسد أيضاً. ووجهُ رواية أبي سليمان أنّ الثّمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لاعلى وجه مشروع، فكما أنّ النّقود المغصوبةَ تتعيّن، فإنّها تتعيّن في البيع الفاسد أيضاً. وذكر صاحبُ الهداية أنّ روايةَ أبي سليمان أنّ النّقود تتعيّن في البيع الفاسد هي الأصحّ.[1]

---

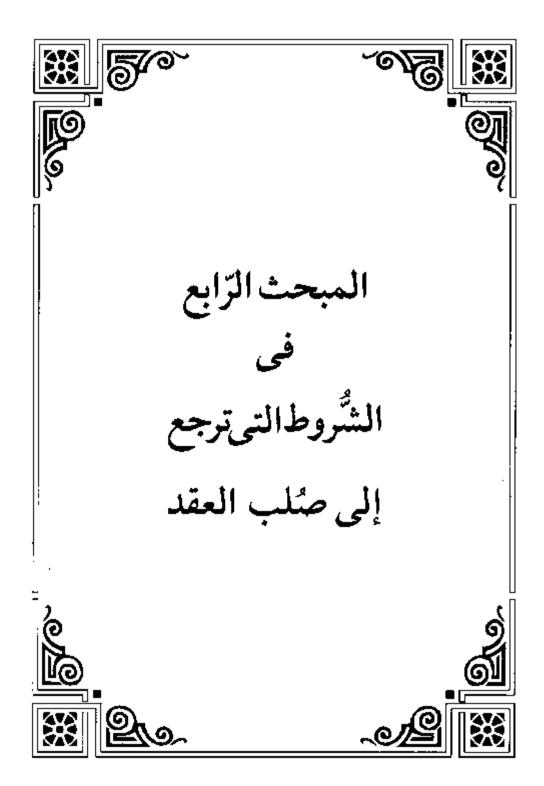
(١) الهداية مع العناية ٦: ١٠١

www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الرّابع
فی
الشُّروط التی ترجع
إلی صُلب العقد

www.besturdubooks.wordpress.com

٢١٦- الباب الأول

في

تعليق البيع أو إضافته إلى المستقبل

وبعد الفراغ من شروط صحة البيع التي ترجع إلى المتعاقدين والمعقود عليه من المبيع والثمن، نرجع الآن إلى الشروط التي ترجع إلى صلب العقد، والله سبحانه ولي التوفيق.

٢١٧- الشرط الأول: أن يكون البيع منجزا

فمن شروط صحة البيع أن يكون العقد منجزا، فلا يجوز البيع المعلق على شرط، فإن الفقهاء اتفقوا على أن البيع من العقود التي لا تقبل التعليق.(١) وذكر الفقهاء رحمهم

---

(١) ذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية ٩: ٣١٦ أن هذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء، ولم أجد في [illegible] عبارات الحنفية، وأما المذاهب الثلاثة الأخرى، فقد صرح [illegible] في [illegible] مسألة: "[illegible] فسد البيع لأنه معلق بشرط مستقبل، فلم يصح، كما لو قال: [illegible] فقد بعتك بدينار." (الشرح الكبير مع المغني ٤: ٥٨) وقال البهوتي: "الثالث: ما لا ينعقد معه البيع، وهو المعلق عليه البيع كبعتك إذا جاء [illegible]... لأنه عقد معاوضة، وهو يقتضي نقل الملك حال العقد، والشرط يمنعه".

www.besturdubooks.wordpress.com

الله تعالى أنّ ما كان مبادلةَ مالٍ بمالٍ يُبطله التّعليقُ بالشّرط. فإن قال البائع: "بعتُك هذا الثّوبَ إن نجحتُ في الامتحان." وقَبِله المشتري،لم يصحّ البيع.

وعدمُ جواز التّعليق في البيع هو المقرّر في المذاهب الأربعة. والحجّةُ لهم أنّ البيعَ كلّما تعلّق بأمرٍ دخله الغرر. وقد نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الغرر. وقدّمنا أنّ الغرر يشمل معاني ثلاثة، منها تعليقُ التّمليك على الخطر. ولأنّ من شرط صحّة البيع رضا العاقدين عند انتقال الملك كما هو مصرّحٌ في قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (النّساء:٢٩) وفي حديث أبي سعيد الخدريّ رضي الله تعالى عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إنّما البيعُ عن تراضٍ."[1]

والتّراضي إنّما يتحقّق بالجزم. وإن كان البيعُ معلّقاً على أمرٍ في المستقبل، فقد يفوتُ رضا أحد العاقدين عند وجود الشّرط. وبهذا علّل القرافيّ رحمه الله تعالى عدمَ

= (شرح منتهى الإرادات ٢: ١٦٤) وذكر النوويّ رحمه الله تعالى البيع والإجارة فيما لايقبل التعليق (روضة الطالبين ٣: ٣٣٨) وذكر القرافيّ رحمه الله تعالى البيع مما لايقبل التعليق، فقال: "ولايصح التعليق عليه بأن يقول: إن قدم زيد فقد بعتك أوآجرتك بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولاجزم مع التعليق، فإنّ شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكونُ معلومَ الحصول كقدوم الحاجّ وحصاد الزرع. ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده، فلوحظ المعنى العام، دون خصوصيات الأنواع والأفراد." (الفروق للقرافي، الفرق الخامس والأربعون ١: ٢٢٩)

(١) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب البيوع، باب بيع المضطر، ج٦ ص١٧

www.besturdubooks.wordpress.com

جواز البيع المعلق.[1]

أمّا ابنُ تيميّة وابنُ القيّم رحمهما الله تعالى، فرأيا جوازَ تعليقِ البيع بشرط، إذا كان فيه منفعةٌ للنّاس. قال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى:

"وتعليقُ العقود والفسوخ والتبرّعات والالتزامات وغيرها بالشّروط أمرٌ قد تدعو إليه الضّرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغنى عنه المكلّف...ونصّ الإمام أحمدُ على جواز تعليق البيع في قوله: "إن بعتَ هذه الجاريةَ، فأنا أحقُّ بها بالثّمن." واحتجّ بأنّه قول ابن مسعود."[2]

وأثرُ ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الّذي أشار إليه ابنُ القيّم أخرجه مالك رحمهما الله تعالى في الموطأ:

"أنّ عبدالله بن مسعود ابتاع جاريةً من امرأته زينب الثّقفيّة، واشترطتْ عليه أنّك إن بعتَها فهي لي بالثّمن الّذي تبيعُها به، فسأل عبدُ الله بنُ مسعود عن ذلك عمرَ بنَ الخطّاب، فقال: لاتقربْها، وفيها شرطٌ لأحد."[3]

وبمثله أخرجه أبويوسف في كتاب الآثار، ومحمّد في الموطأ، وسعيدبن منصور في سننه.[4] وجميع هذه الرّوايات متّفقةٌ على أنّ ابن مسعود رضي الله تعالى عنه لم يُفت

---

(١) الفروق للقرافي، الفرق الخامس والأربعون ١: ٢٢٩

(٢) إعلام الموقعين ٣: ٣٣٨ فصل الحيلة في الصلح عن المال ببعضه، طبع دارالجيل، بيروت ١٩٧٣

(٣) موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب مايفعل في الوليدة إذا بيعت والشّرط فيها، ص ٥٧٢

(٤) وزاد سعيدبن منصور في رواية: "أخبرنا سعيد، نا عيسى بن يونس، نا الأوزاعيّ قال: "ابتعت جاريةً واشتُرِط عليّ أن لا أبيع ولا أهب ولا أمهر، فإذا متُّ فهي حرّةٌ. فسألت عطاءً أو سُئِل - فكرِهه. وسألتُ الحكمَ بنَ عتيبةَ قال: ليس به بأسٌ، وسألت مكحولاً، فقال: لا بأس به. فقلت: أتخاف عليّ فيه=

www.besturdubooks.wordpress.com

بجواز هذا البيع، بل سئل عن ذلك عمر بن الخطّاب رضي الله تعالى عنه، فمنعه من ذلك. فليس فيه حجّة لجواز البيع المعلّق. ولهذا لم يؤخذ به في المذاهب الأربعة.

وأمّا الحاجة، فتندفع بشرط الخيار في البيع، كما سيأتي.

٢١٨ – شرط التّوقّف (Suspensive Condition)

وكذلك ما يُسمّى في القوانين الوضعيّة "شرط التّوقّف" (Suspensive Condition) وهو أن يُنصّ في العقد أنّ البيع يظلّ موقوفاً على أمرٍ في المستقبل غيرِ محقّق الوقوع، فإن تمّ وقوعه انعقد البيع تلقائياً بأثرٍ رجعيّ. مثاله: أن يقولَ المشتري: "اشتريتُ منك هذا الشّيئَ بشرط أن أحصُل على رخصة من الحكومة للمتاجرة فيه خلالَ ثلاثين يوماً من وقت العقد". فإن لم يحصُل على الرخصة، انفسخَ البيع، وإن حصل عليه، اعتُبر البيع منعقداً منذ يوم العقد. فإن كان هذا الشّرط في عقد البيع، فإنّه من قبيل البيع المعلّق، فلا يجوز. ولكنّ الطّريقَ المشروعَ لهذا الغرض أن يشتريَ المشتري المبيعَ بشرط الخيار. فينعقد البيعُ ناجزاً، ولكن يكونُ له الخيارُ في مدّة الخيار على اختلافٍ في تحديدها، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في موضعه. فإن وقع ما يتوقّعه، مثلُ الحصول على الرّخصة، أُنجز البيعُ من وقت العقد، وإن لم يحصُل،

= مأثماً؟ قال: بل أرجو لك فيه أجراً، وسألت عبدة بن أبي لبابة، فقال: هذا فرج سوء، وقال الأوزاعي: وحدّثني يحيى بن أبي كثير عن الحسن قال: البيع جائز والشّرط باطل، وسألت الزّهريّ: فأخبرني أنّ ابن مسعود كتب إلى عمر يسأله عن ابتياعه من امرأته جارية على إن باعها فهي أحقّ بها بالثّمن، فقال عمر: "لا تطأ فرجاً وفيه شرطٌ لغيرك." (سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق ٢: ١٣٤)

www.besturdubooks.wordpress.com

فَسخ العقد بحكم الخيار.

أمّا إذا اشتُرطت مثلُ هذه الشّروط في اتّفاقيّة البيع الّتي ليست بحكم إنجاز البيع، بل هيَ في حكم المواعدة فقط، فلايكون بيعاً معلّقاً، بل هيَ مواعدةٌ مشروطةٌ بشروط. والظّاهر أنّه لابأس بذلك، بشرط أن يُعقد البيعُ عند وجود الشّرط بإيجاب وقبول. وقد فصّلنا الفرق بين اتّفاقيّة البيع وبين البيع في مبحث الوعد والمواعدة، وأنّ الأصل فيهما أنّهما غير لازمين في القضاء، ولكن يُمكن القول بلزومهما في حالات الحاجة الحقيقيّة فقط، وليس بصفته أصلاً عامّاً.

وكذلك ما يُسمّى "شرط الإنهاء" (Resolutive Condition) وهو شرطٌ في عقد البيع أنّ العقد ينفسخ تلقائيّاً إن وُجد أمرٌ مخصوص.[١] مثل أن يشترط المشتري أنّ البيع يُفسخ إن فُرض على مشتري ذلك المبيع ضريبةٌ من الحكومة، فإنّه تعليقٌ لفسخ البيع على أمرٍ لا يتحقّق وجوده. ولكنّ الطّريق المشروع له أن يُعقد البيعُ بخيار الشّرط. فإن فُرضت الضّريبة على المشتري في مدّة الخيار بسبب الشّراء، فسخه المشتري بخيار الشّرط.

٢١٩- التّعليق على أمر كائن

والتّعليقُ على ما عرّفه الحَمَويّ رحمه الله تعالى: "ترتيبُ أمرٍ لم يُوجد على أمرٍ لم يُوجد بـ((إن)) أو إحدى أخواتها."[٢] وخرج بهذا التّعريف التّعليقُ على أمرٍ كائن، أي على أمرٍ وُجدَ عند العقد. ولهذا قيّد ابنُ نُجيم بُطلانَ البيع المعلّق بالمعلّق

---

(١) Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act, Sec. 4, Para 11.

(٢) غمز عيون البصائر، شرح الأشباه والنظائر ٣: ١٧٦ الفنّ الثالث: القول في الشرط والتعليق.

www.besturdubooks.wordpress.com

بالشّرط المحض، وقال ابنُ عابدين: "والظّاهر أنّه احترازٌ عن التّعليق بشرطٍ كائنٍ؛ فإنّه تنجيزٌ كمافي جامع الفصولين، قال: ألاترى أنّه لوقال لامرأته: أنتِ طالقٌ إن كانت السّماءُ فوقَنا والأرضُ تحتَنا، تُطلَق للحال. ولو علّق البراءةَ بشرطٍ كائنٍ يصحّ."[١]

وظاهره أنّ تعليقَ البيع على أمرٍ كائنٍ يصحّ بشرط أن يعلم المتبايعان وقوعَه، لأنّ النّظيرَ الّذي ذُكر في جامع الفصولين لصحّة الإبراء المعلّق على شرطٍ كائنٍ هو أن يقول الزّوج: "أنتِ طالقٌ إن كانت السّماءُ فوقَنا والأرضُ تحتَنا." وهذا ما يعلمُه كلّ أحد. وحينئذٍ هو تنجيزٌ حقيقةً. أمّا إذا لم يعلم المتبايعان وقوعَ ذلك الأمر، مثلَ أن يقولَ البائع: "بعتُك هذا القلم، إن كان ابني اشترى مثلَه" ولايعرفُ المتبايعان هل اشترى ابنُه مثلَه أم لا، فالظّاهر أنّه تعليق، لاتنجيز، فينبغي أن لاينعقد به البيعُ إن علما بعدذلك أنّ ابنَه اشترى مثله، فيحتاجان إلى عقدٍ في ذلك الحين، لأنّ عدم معرفتهما بالشّرط الّذي علّقا عليه البيعَ أخرج البيع من كونه جازماً، وهو المحظور الّذي يُبطل البيع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٢٠ـ البيع بشرط رضا غير العاقدين

والّذي يُستثنى من بُطلان البيع المعلّق عندالحنفيّة أن يُعلّقه العاقدُ برضا أحدٍ غيره. قال ابنُ قاضي سماوه رحمه الله تعالى: "ولوقال بعتُه بكذا إن رضيَ فلان، جازالبيع

---

(١) ردالمحتار ٥: ٤٥٩ مايبطل بالشرط الفاسد. وعبارة جامع الفصولين في الفصل السادس والعشرين ٢: ٢ باختلاف يسير في اللفظ.

www.besturdubooks.wordpress.com

والشرطُ جميعاً."[1] و إنّما أجيز ذلك على أنّه من قبيل خيار الشرط. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "وإنّ شرطَ الخيار لأجنبيّ صحّ، وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره، وهذا قولُ أبي حنيفة ومالك. وللشافعي فيه قولان. أحدهما لايصحّ، وكذلك قال القاضي: إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني، لم يصحّ." ثمّ رجّح ابنُ قدامة القول الأول.[2] لكن صرّح البهوتيّ من الحنابلة بعدم انعقاد البيع به أيضاً. قال: "ما لاينعقد معه بيعٌ كبعتك أواشتريتُ إن جئتني أو رضي زيدٌ بكذا."[3] والظاهرُ أنّه ليس هناك مانعٌ من شرط الخيار لغير المتعاقد، لأنّ خيار الشرط إنّما شُرع ليتمكن صاحبُ الخيار من التّروي، ومن استشارة ذوي البصيرة في الأمر. فإن كان يجوز له أن يستشير غيره، ينبغي أن يُفوّض خياره إلى آخر يثق به أكثر ممّا يثق بنفسه.

٢٢١ـ الشّرط الثاني: أن يكون البيع معقودا في الحال

ومن شروط انعقاد البيع أن يُعقد في الحال، فلاينعقد البيعُ إن أضيف إلى مستقبل، مثل أن يقول: بعتُك هذا الشّيئ بكذا لتاريخ كذا. وإنّه في حكم التّعليق في عدم صحّة البيع بالاتّفاق، ولكنّ الظّاهر من عبارات الحنابلة والشّافعيّة أنّهم يُدخلون الإضافة في التّعليق[4] ويجعله الحنفيّة قسماً مستقلاً عن التّعليق، لفرقٍ دقيقٍ بينهما،

---

(١) جامع الفصولين ٢: ٣٠ فصل ٢٦

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ١٠٠

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢: ١٦٤

(٤) "كقوله بعتُك إن جئتني بكذا... فلا يصحّ البيع لأنّه علّق البيع على شرط مستقبل، فلم يصحّ، كما إذا قال بعتُك إذا جاء رأس الشّهر" الشرح الكبير على المقنع لشمس الدين بن قدامة ٤: ٥٨ ـ

www.besturdubooks.wordpress.com

وإن كان حكمُهما في فساد البيع واحداً.

قال العلاّمة ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"ثمّ الفرقُ بين التّعليق والإضافة هو: أنّ التّعليق يمنع المعلّق عن السّببيّة للحكم، فإنّ نحو "أنتِ طالق" سببٌ للطّلاق في الحال، فإذا قال: "أنتِ طالق إن دخلتِ الدّار" منعَ انعقادَه سبباً للحال، وجعلَه متأخّراً إلى وجود الشّرط. فعند وجوده ينعقد سبباً مُفضياً إلى حكمه، وهو الطّلاق. وأمّا الإيجابُ المضاف، مثلُ "أنتِ طالقٌ غداً" فإنّه ينعقد سبباً للحال، لانتفاء التّعليق المانع من انعقاد السّببيّة، لكن يتأخّرُ حكمُه إلى الوقت المضاف إليه، فالإضافةُ لا تُخرجه عن السّببيّة، بل تُؤخّر حكمَه، بخلاف التّعليق، فإذا قال: "إن جاء غدٌ، فللّه عليّ أن أتصدّق بكذا" لا يجوز له التّصدّق قبلَ الغد، لأنّه تعجيلٌ قبل السّبب، ولو قال: "لله عليّ أن أتصدّق بكذا غداً" له التّعجيلُ قبلَه، لأنّه بعد السّبب، لأنّ الإضافة دَخَلتْ على الحكم لا السّبب، فهو تعجيلٌ للمؤجّل. وتفرّع عليه ما لو حلف لا يطلّق امرأته، فأضاف الطّلاق إلى الغد، حَنِث، وإن علّقه لم يحنث. هذا حاصلُ ما ذكروه في كتب الأصول."[1]

وبالجملة، فالبيعُ من العقود الّتي لا تقبل الإضافة إلى المستقبل، وعلّله في الدّرّ المختار بأنّها تمليكاتٌ للحال، فلاتُضاف إلى الاستقبال، كما لاتُعلّق بالشّرط، لمافيه

= وجاء في البيان في المذهب الشّافعي "ولايجوز تعليق البيع على شرط مستقبل بأن يقول: إذا جاء رأس الشّهر، أو إذا طلعت الشّمس فقد بعتُك عبدي." (٥: ١١٤)

(١) رد المحتار، كتاب البيوع، باب المتفرقات ١٥: ٥١٢، ٥١٣

www.besturdubooks.wordpress.com

من القمار." وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "حاصله أنّه تمليكٌ على سبيل المخاطرة، ولمّا كانت هذه تمليكاتٍ للحال، لم يصحّ تعليقُها بالخطر لوجود معنى القمار."

وهذا بخلاف الإجارة، فإنّها تقبل الإضافة. قال الزيلعيّ رحمه الله تعالى: "لأنّ الإجارةَ وما شاكلها لايُمكن تمليكُه للحال." وقال ابنُ عابدين بعد نقله: "ويظهر من هذا ...أنّ الإضافة تصحّ فيما لايمكن تمليكُه في الحال، وفيما كان من الإطلاقات، والإسقاطات، والالتزامات، والولايات، ولاتصحّ في كلّ ما أمكن تمليكُه للحال."[1]

(١) ردالمحتار ١٥: ٥١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثانى

فى

الشرط الفاسد أو الاستثناء فى البيع

٢٢٢ ـ الشرط الفاسد

ويشترط لصحة البيع أن لايكون مشروطاً بشرط فاسد. والشروط الفاسدة على نوعين:

الأول: أن يشترط في المبيع وصفٌ في وجوده غرر. وسنذكر مسائله إن شاء الله تعالى في مبحث خيار فوات الوصف.

والثاني: أن يكون العقد مشروطاً بشرط لايقتضيه العقد. فإن اشترط فيه مثل هذا الشرط، فسد العقد. والفرق بين الشرط والتعليق أن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة.[1]

والأصل في هذا ماروي عن عبدالله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى

---

(١) غمز عيون البصائر للحموي، نقلا عن الزركشي ٤: ١٧ الفن الثالث، القول في الشرط والتعليق

www.besturdubooks.wordpress.com

الله عليه وسلّم نهى عن الشّرط في البيع. رواه أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه.[1] وأخرجه الترمذيّ عنه بلفظ: "لايحلّ سلفٌ وبيعٌ، ولاشرطان في بيع."[2] وإنّ الأئمّة الأربعة اختلفوا في تفسير هذا الحكم، ونحتاج في بيان كل مذهب إلى تفصيل نلخّصه فيما يأتي بتوفيق الله سبحانه وتعالى:

٢٢٣ـ المذهب الحنفي

خلاصةُ مذهب الحنفيّة أنّه إن كان المشروطُ في البيع شرطاً يقتضيه العقد، أو يلائمُ العقد، أو شرطاً جرى به العرفُ فيما بين النّاس، فهو جائزٌ، ولا يفسُد به البيع. ومثالُ الشّرط الّذي يقتضيه العقد: ما إذا باعَ بشرط أن يحبس المبيعَ إلى قبض الثّمن، أو اشترى دابّةً بشرط أن يركبها المشتري، أو اشترى حنطةً في سُنبلها، وشرط الحصادَ على البائع. والحقُّ أنّ هذا النّوع من الشّروط ليس من الشّرط المبحوث فيه، لأنّه لا يفيد إلاّ تأكيدَ ما وجب بنفس العقد، ولا يُضيف إليه شيئاً.

ومثالُ الشرط الّذي يلائمُ العقد، كما في البدائع، ما إذا باع على أن يُعطيه المشتري بالثّمن رهناً أو كفيلاً، والرّهنُ معلوم، والكفيل حاضر، فقبل، فإنّه جائز، وكذلك شرطُ الحوالة شرطٌ يُلائم العقد، فيجوز.[3] ولعلّ من الشّروط الملائمة في عصرنا أنّ البائعَ يُسجّل ملكَ المشتري للمبيع في الجهات الرّسميّة.

---

(١) جامع المسانيد ٢: ٢٢

(٢) جامع الترمذي، كتاب البيوع، باب ١٩، حديث ١٢٣٤

(٣) بدائع الصنائع ٥: ١٧١، والمبسوط ١٣: ١٩، وفتح القدير ٥: ٢١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

ومثالُ الشّرط الّذي جرى به العُرف، ما إذا اشترى نعلاً على أن يحذُوه البائع، أو جراباً على أن يخرزه له خُفّاً. قال السّرخسيّ رحمه الله في المبسوط: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه عُرفٌ ظاهر، فذلك جائزٌ أيضاً، كما لو اشترى نعلاً وشراكاً بشرط أن يحذُوه البائع، لأن الثّابت بالعرف ثابتٌ بدليل شرعيّ، ولأنّ في النّزع عن العادة الظّاهرة حرجاً بيّناً."

وقال الكاسانيّ في البدائع: "والقياسُ أن لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله. وجهُ القياس أنّ هذا الشّرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين، وإنّه مُفسد .... ولنا أنّ النّاسَ تعاملوا هذا الشّرط في البيع، كما تعاملوا الاستصناع، فسقط القياسُ بتعامُل النّاس، كما سقط في الاستصناع."[1]

وأمّا الشّروط الأخرى الّتي لا تدخُل في واحدٍ من هذه الثّلاثة، فإن كان فيها منفعةٌ لأحد العاقدين، أو للمعقود عليه، فإنّها فاسدة، ويفسُد بها البيع، مثل أن يشتريَ الحنطة على أن يطحنها البائع، أو يتركَه في داره شهراً، أو ثوباً على أن يخيطَه، فالبيعُ فاسد كما في فتح القدير[2] وغيره.

وإن كان الشّرطُ بحيثُ لا منفعةَ فيه لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه، فالشّرطُ باطل، والعقدُ صحيح، نحو ما إذا اشترى دابّةً أو ثوباً بشرط أن لا يبيع، كذا في المبسوط[3]. وعلّله في البدائع بقوله: "لأنّ هذا شرطٌ لا منفعةَ فيه لأحد، فلا يوجب

---

(١) بدائع الصنائع ٥: ١٧٢

(٢) فتح القدير ٥: ٢١٥

(٣) المبسوط ١٣: ١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

الفساد، وهذا لأنّ فساد البيع في مثل هذه الشّروط، لتضمّنها الربا،[1] وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يُقابلها عوض، ولم يوجد في هذا الشّرط، لأنّه لا منفعة فيه لأحد، إلاّ أنه شرطٌ فاسد في نفسه، لكنه لا يؤثّر في العقد، فالعقد جائزٌ والشّرطُ باطل."

٢٢٤- المذهب الشافعيّ

مذهب الشّافعيّة قريبٌ من مذهب الحنفيّة. فالشّرط الّذي يقتضيه العقد صحيحٌ عندهم بداهةً، لأنّه ملحوظٌ من غير حاجة إلى أن يذكر.

وأمّا الشّرط الذي يُلائم العقد، فيُسمّى في المذهب الشافعيّ بالشّرط الّذي فيه "مصلحة العقد"، أو الشّرط الّذي تدعو إليه الحاجة، وهو جائزٌ عندهم بهذا التّعبير، فقد ذكر الشّيرازيّ في المهذّب:

"فإنْ شرطَ ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة، كالخيار، والأجل، والرّهن، والضّمين، لم يُبطل العقد، لأنّ الشّرع ورد بذلك على ما نبيّنه في مواضعه إن شاء الله، وبه الثّقة، ولأنّ الحاجة تدعو إليه، فلم يفسد العقد."[2]

وإنّ تعبير "المصلحة" أو "الحاجة" ظاهرهُ العمومُ في كلِّ مصلحة، وكلِّ حاجة، ولكنّهم

---

(١) وسيأتي قريباً الكلام على تنقيح علّة فساد البيع بشرط فاسد، وأنّ كونه يتضمن الربوا علّة مرجوحة، وذلك تحت عنوان "علة فساد البيع بالشرط الفاسد"

(٢) المهذّب ١: ٢٦٨

لا يُريدون ذلك العموم، وإنّما استثنوا بهذا التعبير صُوَراً مخصوصة، ذكرها الرمليّ في نهاية المحتاج والخطيب الشّربيني في مُغني المحتاج.[1]

وأمّا الشّرط الّذي جرى به التّعامل، فليس مستثنيً من النّهي عند الشّافعيّة، كما هو مستثنيً عند الحنفيّة، غير أنّهم يجوّزون بيعَ العبد بشرط إعتاقه لتشوّف الشّارع إلى العتق، ولحديث بريرة رضي الله عنها، وهذا خلافُ القياس عندهم.

وأمّا الشّرطُ الّذي لا غرضَ فيه، ولا منفعةَ منه لأحد، فإنّه يلغو عند الشافعيّة، ولا يفسُد به العقد، كما عند الحنفيّة سواءً بسواء.[2]

فالفرق الحقيقيّ بين المذهبين أنّ الحنفيّة يجوّزون الشّرط الّذي جرى به التّعامل، ولا يجوّزه الشّافعيّة.

٢٢٥- المذهب المالكيّ

وإنّ المذهب المالكيّ من أدقّ المذاهب، وأكثرِها تفصيلاً في مسئلة الشّرط. والفرقُ بينه وبين المذهبين السّابقين أنّ الأصلَ فيهما عدمُ جواز الشّرط، وللإباحة صُوَرٌ مُستثناة. والأصل في المذهب المالكيّ على العكس من ذلك: إباحةُ الشّرط، ولعدم الجواز صُوَرٌ مستثناة، فلا يكون الشّرطُ في هذا المذهب فاسداً إلاّ في موضعين:

الأوّل: إذا كان الشّرط يُناقض مقتضى العقد، كما إذا اشترط البائع على المشتري ألاّ يتصرّف في المبيع.

---

(١) نهاية المحتاج ٣: ٤٣٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٢

(٢) نهاية المحتاج ٣: ٤٣٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

والثاني: إذا كان الشّرط يُخِلّ بالثّمن، بأن يزيده أو ينقُصه إلى قدر غير معلوم. وهذا كبيع اشتُرط فيه قرضٌ، ووجهُ فساد الشّرط في هذا، كما يقول الخُرشيّ رحمه الله تعالى، أنّ الشّرط: "يعود جهلُه في الثّمن إمّا بزيادة، إن كان الشّرطُ من المشتري، أو بنقص، إن كان من البائع." يعني أنّه إذا اشترط البائعُ أن يُقرِضه المشتري، فكأنّ جزءً من المبيع مقابلٌ للإقراض، فإن لم يُقرضْه وجب أن يزيدَ المشتري في الثّمن مُقابلَ الجزء الّذي كان الإقراضُ مقابلَه، وهذا الجزءُ من الثّمن مجهول، وإذا اشترط المشتري أن يُقرضه البائع، فكأنّ جزءً من الثّمن مقابلٌ للإقراض، فإن لم يُقرضْه البائع وجب أن يردّ بعضَ الثّمن الّذي كان مقابلَ الإقراض، وقدرُه مجهول، فاختلّ الثّمن.

والشّرط الفاسد عندهم يبطُل في جميع الأحوال، ولا يُعمل به، وأمّا أثره في العقد، فينقسم إلى أقسامٍ ثلاثة:

١. إنّ الشّرط الفاسدَ يُبطِل العقدَ، وذلك إنّما يقع عادةً إذا كان الشّرطُ يُناقض مقتضى العقد، بحيث إذا أُعمل لزم أن يختلّ العقد، فيبطُل الشرط والعقد كلاهما، كما إذا اشترط البائعُ على المشتري أن لا يتصرّف في المبيع، أو اشترط الواهب على الموهوب له أن لا يقبض الهبة.

٢. إنّ الشّرط الفاسد يبطُل وحده، ويبقى العقدُ جائزاً، ويبدو أنّ ذلك يقعُ فيما إذا ناقض الشّرطُ مقتضى العقد، ولكنّ العقد لا يختلّ إذا أُعمل الشّرط، كما إذا اشترطت الزّوجة على زوجها أن لا يتزوّج عليها، أو ألاّ يطلّقها، فحينئذٍ يبطُل الشّرط ويصحّ العقد. وذكر ابنُ رشد من هذا القبيل أن يشترط البائعُ شيئاً بعد انقضاء ملك المشتري، مثل أن يبيعَ

www.besturdubooks.wordpress.com

العبد، ويشترطَ أنّه متى أعتقه المشترى، فإنّ الولاء يرجعُ إلى البائع، كما في حديث بريرة، حيث يصحُّ البيع ويفسُد الشّرط.

٣.إنّ الشّرط الفاسدَ يُبطل العقد إلاّ إذا نزل عنه المشترط، فيسقُط الشّرطُ ويبقى العقد، وهذا فيما إذا كان الشّرطُ يُخلُّ بالثمن، كما في بيع الوفاء وغيره.

وما سوى هذه الصّور من الشّروط، جائزٌ عند مالك رحمه الله تعالى، فيجوز في مذهب المالكيّة أن يشترط البائع على المشتري أن يُعتِق العبدَ المبيع، أو يقف الأرضَ المبيعة، ممّا يتضمّن إيقاعَ معنىً في المبيع هو من معاني البرّ، وكذلك يجوز عنده أن يبيعَ الدّار، ويشترطَ البائعُ سُكناها مدّةً معقولة، أو الدّابّة، ويشترطَ ركوبَها إلى مدّة معلومة، أو مكانٍ معلوم، أو الثّوب، ويشترطَ عليه المشترى أن يخيطه، أو الحِنطةَ، ويشترطَ عليه أن يطحنها، وغير ذلك من الشّروط الّتي فيها مصلحةٌ معقولةٌ لأحد المتعاقدين.

هذه خلاصةُ ما في بداية المجتهد، ومواهب الجليل للحطّاب، والخَرَشي[١]. ويقول ابن رشد في بداية المجتهد: "ويرى أصحابُه أنّ مذهبَه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبِه تجتمع الأحاديث كلُّها، والجمعُ عندهم أحسنُ من التّرجيح".

٢٢٦– المذهب الحنبليّ

أمّا المذهب الحنبليّ، فيقول: إنّ الشّرطَ إذا كان أكثرَ من الواحد، يُنظر: إن كانا من مصلحة العقد جاز العقد والشّرطان جميعاً، مثلَ أن يبيعه بشرط الخيار، والتّأجيل،

---

(١) بداية المجتهد ٢: ١٦١ و ١٦٢، ومواهب الجليل للحطاب ٤: ٣٧٣و ٣٧٥، والخرشي ٥: ٨٠و ٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

والرّهن، والضّمين. أمّا إن لم يكُن الشّرطان من مصلحة العقد، فسد الشّرطان والعقدُ جميعاً على الإطلاق، مثلَ أن يشتريَ ثوباً بشرط أن يخيطَه البائع ويغسِله، فهذان شرطان، ويفسُد به العقد.

وأمّا إذا كان الشرطُ واحداً، فإن كان اشتراطَ عقدٍ في عقد، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعَه المشتري شيئاً آخر، فهذا شرطٌ فاسدٌ يُفسد البيع. وإن كان اشتراطَ منفعة للبائع في المبيع، مثلَ أن يبيعَ الدابّةَ ويشترط ركوبَه، أوداراً، ويشترطَ سُكناها مدّةً معلومة، أواشتراطَ منفعةٍ للمشتري، مثلَ أن يشتريَ ثوباً ويشترطَ على البائع خياطتَه، فالشّرط جائزٌ والعقدُ جائز. وإن كان الشّرطُ مخالفاً لمقتضى العقد ولكن فيه معنى البرّ، مثلَ أن يشترط بائعُ العبد أن يُعتقه المشتري بعد الشّراء، فهو جائزٌ في رواية، وفاسدٌ في أخرى. أمّا الشّروط الأخرى التي تُنافي مقتضى العقد، مثل أن لايبيع، أو لايهَب، أولا يعتق، أو أن يبيع أو يهب، فهذه شروطٌ فاسدةٌ لاتجوز، ولكن هل يفسد بها البيع؟ فيه روايتان، وذكر القاضي أنّ المنصوصَ عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى أنها لاتُفسِد البيع، فالبيع صحيح. وهذا ملخّص مافي المغني لابن قدامة[1].

٢٢٧ـ الأحاديث الواردة في الباب

وأمّا الأحاديث الواردة في الباب فثلاثة، وقد جمَعَتْها قصّةُ عبد الوارث بن سعيد، فنوردها بتمامها، لما فيها من فوائد:

أخرج ابن حزم في المحلى[2] والحاكم في معرفة علوم الحديث[3] عن عبد الوارث

(١) المغني ٤: ٢٨٦

(٢) المحلى ٨: ٤١٥

=

www.besturdubooks.wordpress.com

بن سعيد، قال: "قدمتُ مكّة، فوجدتُ بها أبا حنيفة، وابنَ أبي ليلى، وابنَ شُبْرُمة، فسألت أبا حنيفة عمّن باع بيعاً، واشترط شرطاً، فقال: البيعُ باطل، والشّرطُ باطل. ثمّ سألت ابنَ أبي ليلى عن ذلك، فقال: البيعُ جائز، والشّرطُ باطل. ثمّ سألتُ ابنَ شُبرمة عن ذلك، فقال: البيعُ جائز، والشّرطُ جائز. فرجعتُ إلى أبي حنيفة، فأخبرتُه بما قالا، فقال: لا أدري ما قالا، حدّثنا عمرُو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه: أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعٍ وشرط. البيع باطل، والشّرط باطل. فأتيتُ ابن أبي ليلى، فأخبرتُه بما قالا، فقال: لا أدري ما قالا، حدّثنا هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة أمّ المؤمنين: أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: اشتري بريرة، واشترطي لهم الولاء. البيع جائز، والشّرط باطل. فأتيتُ ابنَ شُبرمة، فأخبرته بما قالا، فقال: لا أدري ما قالا، حدّثنا مسعر بن كِدام، عن مُحارب بن دثار، عن جابر بن عبد الله: أنّه باع من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم جملاً، واشترط ظَهْره إلى المدينة. البيعُ جائز، والشّرط جائز."

فهذه هي الأحاديثُ الثّلاثة الّتي يدورُ عليها الكلامُ في مسئلة الباب. فأمّا حديث بريرة رضي الله تعالى عنها، فإنّ شرطَ الولاءِ للبائعين شرطٌ لم يكن في اختيار العبد وفاءُه، لأنّ استحقاقَ الولاء حكمٌ شرعيٌ لايتغيّر بالاشتراط. والشّرطُ الّذي يُبطل البيعَ ماكان وفاءُه في اختيار العبد، فصار كأن يقول: بعتُك هذه الأرض بشرط أن لايرثك فيها بنوك. فمثلُ هذا الشّرط كالمعدوم، فلا يُبطل البيع. وقد فصّلنا الكلام على

---

(١) معرفة علوم الحديث (ص. ١٢٨)

www.besturdubooks.wordpress.com

حديث بريرة رضي الله عنها في كتاب العتاق من تكملة فتح الملهم.[1]

أمّا حديث النّهي عن بيع و شرط، فقد رُوي بطريقين:

الأوّل: ما أخرجه التّرمذيّ في باب كراهية بيع ما ليس عنده من طريق أيوب، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لا يحلّ سلفٌ وبيع، ولا شرطان في بيع" وقال التّرمذي: هذا حديثٌ حسنٌ صحيح. واستدلّ به أحمد وإسحاق رحمهما الله تعالى على جواز الشّرط الواحد في البيع، ومنع الشّرطين.

والثّاني: ما رواه أبو حنيفة رحمه الله، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن الشّرط في البيع، كما في جامع المسانيد[2]، واستدلّ به أبو حنيفة والشّافعيّ رحمهما الله تعالى على أن الأصل في الشّرط عدمُ الجواز، سواءٌ أكان واحدا أم أكثر.

وقال شيخُنا العثمانيّ التّهانويّ رحمه الله تعالى في إعلاء السنن:

"يمكن أن يكون عمرو بن شعيب يروي عن أبيه عن جدّه كلتا الرّوايتين، فروى عنه أبو حنيفة رواية، وروى عنه آخرون رواية أخرى. والثّاني أن يقال: إنّ أصل الرواية كان أنّه نهى عن شرطين في بيع، إلا أنّ أبا حنيفة رواه بالمعنى، لأنّ معنى الشّرطين في البيع: هو البيع والشّرط، لأن البيع نفسه شرط. فإذا شُرط في البيع شرطٌ آخر اجتمع فيه شرطان، كذا قاله الطّحاويّ في معاني الآثار... وأيضاً لا

---

(١) تكملة فتح الملهم، طبع دارالقلم ١: ١٨٥

(٢) جامع المسانيد ٢: ٢٢

وجهٌ لجواز الشّرط وعدمِ جواز الشّرطين، وأيضاً: كلّ شرط متضمن لشرطين: شرط الوجود، وشرط العدم، فلا يخلو بيعٌ بالشّرط عن شرطين، فلا يجوز لوجود الشّرطين."[1]

وأمّا حديث جابر رضي الله تعالى عنه، فإنّه باع جَمَله من النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم على أن يركبَه إلى المدينة، فخلاصةُ الكلام في هذا الحديث أنّ هذه القصّة قد رُويَت بألفاظ مختلفة، يدلّ بعضُها على أنّ الرّكوب كان شرطاً في العقد، كما في صحيح مسلم: "واستثنيتُ عليه حُملانَه إلى أهلي"، ويدلّ بعضُها على أنّه لم يكن مشروطاً في العقد، ووقع البيعُ مطلقاً، ثمّ تبرّع به النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم. ومن أصرح ما يدلّ على ذلك ما أخرجه أحمد في طريق نُبيح العنزيّ بسندٍ رجالُه ثقات:

"فقال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: قد أخذتُه بوقيّة، قال: فنزلتُ عن الرّحل إلى الأرض، قال: ما شأنك؟ قال : قلتُ: جملُك! قال: قال لي: اركب جملَك، قال: قلتُ: ما هو بجملي، ولكنّه جملُك، قال: كنّا نراجعُه مرّتين في الأمر إذا أمرَنا به، فإذا أمَرنا الثّالثة لم نُراجعْه، قال: فركبتُ الجمل."[2]

فإنّ هذا السّياق صريحٌ في أنّ جابراً رضي الله تعالى عنه قد سلّم الجملَ إلى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، ولم يرْضَ بالرّكوب عليه، إلاّ بأمرٍ متكرّر من النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، فضلاً عن أن يكونَ قد شرَطه في العقد.

و قد ذكر البخاريّ رحمه الله تعالى في كتاب الشّروط أنّ الرّوايات الّتي وردت

(١) إعلاء السنن ١٢: ١١٢

(٢) ٢٣: ١٥٠ (برقم ١٤٨٦٤)

www.besturdubooks.wordpress.com

بألفاظ الاشتراط أكثرُ و أصحّ. وتعقّبه شيخُنا العثمانيّ رحمه الله تعالى في إعلاء السنن[1] بأنّ رُواة عدم الاشتراط أكثرُ و أقوى، فساق جميعَ الرّوايات، وتكلّم عليها متناً واسناداً.

ولو سُلّم قول البخاري رحمه الله تعالى، فإنّه يُمكن أن تكونَ صيغُ الاشتراط من تصرّف الرُّواة، وأن يكون الرّواة عبّروا عنه بصيغ الشّرط، لما أنّ التّبرّع قد وقع بعد البيع متّصلاً، بخلاف سياق ما أسلفنا من رواية أحمد، فإنّها صريحةٌ في كون الرّكوب تبرّعاً، ولا يمكنُ حملُها على الاشتراط، وهو الّذي يطمئنّ إليه القلب نظراً إلى جُود النّبيّ صلّى الله عليه وسلم، وثقة الصّحابة به، فلا يُظنّ بجابر أن يخاف عند البيع أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم يتركه راجلاً في الصّحراء، حتىٰ يشترط ركوبَه في صُلب العقد معه صلّى الله عليه وسلّم. والظّاهر من مثله أن يكون قد عقد البيع مطلقاً عن شرط، ثقةً بجود النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، وقد صدّق النّبيّ صلّى الله عليه وسلم ثقته بعد البيع فعلاً، فأمره بالركوب، فيُمكن أن يكون بعضُ الرّواة قد عبّروا ثقتَه هذا بصيغ الاشتراط، وذكر الآخرون حقيقة الأمر، فلم يعبّروا عنه بالاشتراط.

ثمّ هناك ناحيةٌ أخرى، توجّه إليها الطّحاويّ رحمه الله تعالى في شرح معاني الآثار، وهي أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم لم يكن في هذه القصّة قَصَد البيع أصلاً، وإنّما كان يريد أن يُحسن إلى جابر رضي الله تعالى عنه بإيصال ثمن الجمل إليه، وتوصّل إلى ذلك بصورة عقْد البيع، ولهذا ردّ الجملَ إلى جابر رضي الله عنه بعد الوصول إلى المدينة، ولم يُمسكه بنفسه. ويدلّ عليه قولُه عليه الصلوة والسّلام في صحيح

---

(١) إعلاء السنن ١٢: ١٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

مسلم: "أتراني ماكستُك لآخذ جملك ودراهمك؟ فهو لك." ووقع في طريق نُبيح العنْزيّ عند أحمد أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم بعد ما وفّى أوقية إلى جابر، قال له: "خُذْ جملك" فقال جابر: "ماهو جملي، إنماهو جملُك يا رسول الله!" قال: "خذجملك." قال جابر: "فأخذتُه". فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم: "لعمري! مانفعناك لِنُنْزلك عنه."[١] فمن هذه الجهة لا يستقيم الاستدلال بهذه القصّة على أحكام البيوع المقصودة.

وقد وردت آثارٌ في تأييد من يمنع الاشتراط:

فمنها ما أخرجه الطحاويّ في شرح معاني الآثار عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود أنّها باعت عبدَ الله جاريةً، واشترطتْ خدمتها، فذكر ذلك لعمر، فقال: لا يقربنّها، ولا أحدٌ فيها مثوبة.[٢]

ومنها ما أخرجه الطّحاويّ أيضاً عن ابن عمر قال: " لا يحلّ فرجٌ، إلاّ فرجٌ إن شاء صاحبُه باعه، وإن شاء وهبه، وإن شاء أمسكه، لا شرطَ فيه."

وبالجملة، فالمسئلة مجتهدٌ فيها منذ عهد الصّحابة والتابعين، وإنّ مذاهبهم المختلفة مرويّةٌ عند عبد الرّزّاق في مصنّفه[٣].

٢٢٨ـ علّة فساد البيع بالشرط الفاسد

ثمّ اختلفت عباراتُ الفقهاء الحنفيّة في تعليل فساد البيع بالشّرط. فقد مرّ عن البدائع

(١) مسند أحمد بتحقيق الشيخ شعيب أرناؤط، برقم ١٤٨٦٤، ج٢٣ ص ١٥٠

(٢) شرح معاني الآثار ٢: ١٨٢

(٣) مصنف عبد الرزاق ٨: ٥٦ إلى ٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أنّ فساد البيع في مثل هذه الشّروط، لتضمّنه الرّبا. وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض. وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: إنّه معلّل بإفضاءه إلى النّزاع، فقال معلّلا لجواز الشّرط المعروف: "لأنّ الحديث معلولٌ بوقوع النّزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعُرف ينفي النّزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث."[1]

والظّاهر أنّ تعليلَ ابن عابدين رحمه الله تعالى هو الرّاجح، وذلك لأمرين. الأمرُ الأوّل: أنّ الفقهاء الحنفيّة أجازوا الشّروطَ الّتي جرى التّعاملُ بها بحكم العُرف، ولو كان الفسادُ معلولاً بكون العقد يتضمّن الرّبا، لما جاز الشّرطُ بحال، حتّىٰ لوكان متعارَفاً، لأنّ الرّبا لايحلّ بالعُرف والتّعامل.

والأمر الثّاني: أنّ تعليله بأنّه زيادةٌ من غير عوض ويلزم منه الرّبا، غيرُ واضح، لأنّه إذا اشترط المشتري منفعةً، فإنّ تلك المنفعة صارت جزءاً من المبيع، وصار جزءٌ من الثّمن مقابلاً لها، وإن اشترط البائعُ منفعةً صارت تلك المنفعةُ جزءاً من الثّمن، وصار جزءٌ من المبيع مقابلاً لها. فليس هناك زيادةٌ بغير عوض. نعم! يلزم منه صفقةٌ في صفقة. على أنّ جزءَ المبيع المقابل للمنفعة في الصّورة الأولى، وجزءَ الثّمن المقابل للمنفعة في الصّورة الثّانية غيرُ معلوم، فجاء الفسادُ من هذه الجهة، وهو الّذي عبّر عنه المالكيّة بأنه يُخلّ بالثّمن، كما أسلفنا في مذهبهم. فتبيّن أن العلّة هي الجهالةُ المفضية إلى النّزاع، وليس أنّه زيادةٌ من غير عوض. أمّا إذاكان الشّرطُ متعارَفاً، فالعُرف يقضي على أنّه ليس صفقةً في صفقة، لأنّ مجموعَ ما عُقد عليه الأمر أصبح بحكم العُرف كأنّه شيئٌ واحد. فصار كما

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢: ١٢٤؛ رسالة نشر العرف.

www.besturdubooks.wordpress.com

باع شاتين بصفقة واحدة. وإنّ العرف يقضي على الجهالة أيضاً، لكون التجار يعرفون فرقَ السّعر بين البيع المشروط فيه المنفعة، وبين غير المشروط فيه، فلا يقع النّزاع عند الإخلال بالشّرط. فإن اشترط مشتري النّعل أن يحذُوه البائع ، فإنّ الفرقَ بين قيمة المحذوّ وغير المحذوّ معروفٌ بين التجّار.

ثمّ إنّ الحنفيّة ذكروا صوراً أخرى للشّرط المتعارَف غير شرط حذو النّعل، فقال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى:

"ومثلُه في ديارنا شراءُ القبقاب على هذا الوجه، أي على أن يُسمّر له سَيراً... ومن أنواعه شراءُ الصّوف المنسوج على أن يجعله البائعُ قلنسوةً، ويشرط أن يبطّن لها البائع بطانةً من عنده."[1]

وجاء في البزازية:

"اشترى ثوباً أو خُفّا خلقا على أن يُرقّعه البائع ويُسلّمه صحّ."[2]

وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"وتدلّ عبارةُ البزّازيّة والخانيّة، وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العُرف الحادث. ومقتضى هذا أنّه لو حدث عرفٌ في شرطٍ غيرِ الشّرط في النّعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبراً، إذا لم يُؤدّ إلى المنازعة."[3]

---

(١) فتح القدير ٦: ٨٥

(٢) البزازية على هامش الهندية ٤: ٤٢٩

(٣) رد المحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٦٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٢٩- الصور المتعارفة لاشتراط الشروط في البيع

وقد كثُرت في عهدنا أنواعُ الشروط في البيوع والإجارات وغيرها، مثل أن يُباع الهاتف الجوّال بشرط أن يُوفّر البائعُ معها منفعةَ استخدام شبكةٍ معيّنةٍ لدقائق معلومة، أو يُباع جهازٌ بشرط أن يستخلص البائعُ رخصةً لصالح المشتري باستعمال ذلك الجهاز. وكذلك ما تُعورف في العالم كلّه أنّ مشتري الثلاّجات، والمكيّفات، والأجهزة الكهربائية الأخرى يشترط على البائع القيامَ بتصليحها كلّما عرضها فسادٌ في حدود مدّةٍ معلومة، كالسّنة أو السّنتين مثلاً. فإنّ هذا الشّرط جائزٌ لشيوع التّعامل به.

٢٣٠- الضمان الممدّد (Extended Warranty)

ولكن هناك التزامٌ آخر رائجٌ في السّوق اليوم باسم "الضّمان الممدّد" Extended (Warranty) وهو أنّ يُمدّد البائعُ مدّة تصليح الجهاز من قِبَله فوق المدّة المشروطة في العقد لقاءَ عوضٍ ماليٍّ زائد. فمثلاً: لو كانت المدّةُ المشروطةُ في العقد لتصليح الجهاز من قبل البائع سنةً، فإنّ البائع يقول: "ادفع لي كذا، فأمدّدُ المدّةَ إلى سنة أخرى." فهذا ليس ممّا نحن فيه الآن من مسألة البيع بالشّرط، وإنّما هو عقدٌ مستقلٌ من عقود الصّيانة. وموضعه كتاب الإجارة.

وليُتنبه أنّ العثمانيّين قد أدخلوا تعديلاً في مجلّة الأحكام العدليّة، بإضافة مادّة جديدة على الوجه الآتي:

"البيع بشرطٍ يعود نفعُه على أحد العاقدين صحيح، والشّراء معتبر، فإذا باع

www.besturdubooks.wordpress.com

فرساً على أن يركبها مدة كذا، أو اشترى لمشتري شيئاً مقابل سكنى داره المعلومة، فذلك البيع صحيح، والشرط معتبر".

وجاء في المذكرة التفسيرية لهذه المادة:

"إنّ تقييد البيع بشرط ب"على"، كما أنّه لا يجوز عند الحنفيّة، كذلك لم تُجزه المالكيّة (؟) والشّافعيّة. وفي زماننا هذا نرى أنّ البيوع تُعقد خلافاً لهذه المذاهب الثّلاثة، فوجب القولُ بما تقول به الحنابلةُ لتقريب أعمال النّاس إلى الجواز، ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً."

نقله الدكتور عبد الرزّاق السنهوريّ في كتابه "مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي".[1] والّذي يبدو أنّ تعميم حكم الجواز لجميع الشّروط في البيع ربّما يؤدّي إلى مفاسد، والظّاهر أنّ ما ذهب إليه الحنفيّة من جواز الشّرط المتعارف يُغطّي الحاجة الّتي ذكرتها هذه المذكّرةُ. والله سبحانه وتعالى أعلم، وعلمه أتمّ وأحكم.

٢٣١ – شرط عدم المنافسة

وقد راجت في بعض القوانين الوضعيّة شروطٌ تعسّفيّة لاعهد بها في الشّرع، مثلُ شرط "عدم المنافسة" (Restraint on competition) وذلك أنّ من اشترى محلاً تجارياً من آخر، فإنّه يشترط على البائع أنّه لايفتح محلاً تجارياً مثله لمدّة معلومة في دائرة محدّدة. وإنّ مثلَ هذا الشّرط لانرى جوازه، لأنّه حَجْرٌ على البائع وتقييدٌ لحرّيته في التّجارة، وليس للمشتري أن يمنعه من أيّ نوع من التّجارة المباحة شرعاً. ثمّ إنّ مثلَ هذا الشّرط

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣: ١٧٦ طبع ثالث ١٩٦٧م

www.besturdubooks.wordpress.com

يعوق دون منافسة حرّة في السّوق، ويتبيّن من عدّة أحكام الشّريعة في التّجارات أنّها تُشجّع المنافسة التّجاريّة، فإنّها تضمنُ القيمةَ العادلةَ للمستهلكين، دونَ أن يتحكّم فيها واحدٌ أو قلّةٌ قليلةٌ من التّجّار الأثرياء. وإنَّ مثلَ هذا الشّرط مخالفٌ لهذا المقصود.

نعم! إن اشتُريَ المحلُّ التّجاريّ مع اسمه الّذي له سُمعة، وزيدَ الثّمن من أجله، فيجوز أن يُشترط على البائع أن لايستخدمَ هذا الاسمَ التّجاريّ، وتنطبق عليه الأحكام والشّروط الّتي ذكرنا ها في مسئلة بيع الاسم التّجاريّ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٣٢- شرط عدم نقل الملكيّة

وقد أُجيزَ في بعض القوانين الوضعيّة أن يَشترطَ البائعُ عدمَ نقل الملكيّة إلى المشتري إلى أن يُسدّدَ كلَّ الثّمن. وهذا الشّرطُ له معنيان: الأوّل: أن لاتُنقلَ الملكيّةُ الحقيقيّة إلى المشتري، بحيثُ لايزالُ البائعُ مالكاً للمبيع، فهذا الشّرطُ إن كان في "اتفاقيّة البيع" (Agreement to sell) الّتي حقّقنا فيها أنّها مواعدةٌ للبيع في المستقبل، وليس بيعاً، فإنَّ حاصلَ هذا الشّرط أنَّ الوعد بإنجاز البيع مشروط بذلك الشّرط. وهذا لا بأس به، لأنَّ البيع لم يتمَّ بعد. وبما أنَّ القوانين الوضعيّة لا تعترف بالبيع إلاّ بانتقال الملك، فينبغي أن يُحمل إجازةُ الشّرط بهذا المعنى.[1]

أمّا إذا تجاوزت مرحلةَ الوعد، وأنجز البيع، ثمّ اشتُرط أنَّ الملك لاينتقل إلى المشتري إلاّ بتوافر شروط، فإنّه شرطٌ مناقضٌ لعقد البيع، يفسُد به البيع بالإجماع، لأنّه لامعنى للبيع إلاّ نقلُ ملك المبيع إلى المشتري، وإنَّ ذلك يتمّ فورَ تمام الإيجاب

---

(١) وليراجع المادّة ١٩ من قانون بيع المال مقارناً بالمادّة ٤

www.besturdubooks.wordpress.com

والقبول. واشتراط عدم نقل الملك معناه أن يعقد البيع بشرط عدم البيع، وهو تناقض ظاهر. وإن قيل: إن الملك يحدث بتسديد الثمن تلقائياً، فهو بيع معلق، وقد سبق أن البيع لايقبل التعليق.

والمعنى الثاني لهذا الشرط أن المراد من نقل الملكية تسجيل المبيع باسم المشتري في الجهات الرسمية، فيشترط بائع السيارة مثلاً أنه لايسجلها في الجهات الرسمية باسم المشتري إلا بعد تسديد الثمن بكامله، وكذلك بائع البيت يشترط مثل هذا الشرط، وإن كان المشتري يملكه حقيقة، ويتصرف فيه تصرف الملاك. وهذا لامانع منه شرعاً، لأن التسجيل في الجهات الرسمية أمر إجرائي زائد على الملكية الحقيقية والعرفية، وقد يعترف به في القانون أيضاً باسم "ملكية المنفعة" (Beneficial Ownership) فالامتناع من التسجيل لاينافي نقل الملكية الحقيقية والعرفية. وقد سبق منا في مبحث بيع التلجئة و لعقود الصورية أنه يمكن أن يكون التسجيل باسم غير المالك الحقيقي.

٢٣٣- البيع بشرط وجود من يشتريه من المشتري

وهناك طريق متبع في الأسواق أن من يريد أن يبيع أشياء إلى تاجر تلك الأشياء، فإن التاجر لايقبل أن يشتري منه فوراً، بل يقول له: إني أقبل أن تضعها عندي على أني إن وجدت مشترياً لها، اشتريتها منك. ولواعتبر العقد بينهما عقد بيع مشروط بأن يجد المشتري مشترياً آخر منه، ففيه عدة محظورات من الناحية الشرعية. منها أنه بيع بشرط مخالف لمقتضى العقد، أو بيع معلق على شرط.

ولكن هناك طريقان للوصول إلى هذا الغرض: الأول: أن يعير تلك الأشياء إلى

www.besturdubooks.wordpress.com

التّاجر، ويجعلَه سمساراً لبيعها إلى المشترين لقاءَ عمولة يدفعُها إلى التّاجر. والثّاني: أن يشتريَ التّاجرُ منه تلك الأشياءَ بخيار شرطٍ إلى مدّة متّفق عليها. فإن وجد مشترياً، باعها إليه، وينفُذ به البيعُ الأوّل. وإن لم يجد مشترياً خلالَ المدّة، ردّها إلى البائع الأوّل بخيار الشّرط.

٢٣٤ـ صفقة في صفقة

ومن قبيل زيادة الشّرط في البيع ما يُسمّى "صفقة في صفقة" وهو أن يُشترط في العقد عقدٌ آخر، مثلَ أن يقول البائع: "بعتُك داري بكذا على أن تبيعَني سيّارتَك بكذا" وقد اتّفق العلماءُ على كونه ممنوعاً شرعاً. والأصلُ في ذلك ما رُوي عن عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه قال:

"نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن صفقتين في صفقة واحدة"

أخرجه أحمد والبزّار[1] من طريق شريك، عن سماك، عن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود، عنه. وقال الهيثميّ: "رجال أحمد ثقات" ولكن في إسناده شريك النخعيّ، تكلّم المحدّثون في حفظه، وله أوهامٌ معروفة. وأخرجه الطّبرانيّ والبزّار وابنُ خزيمة وابنُ حبّان[2] موقوفاً عن عبدالرحمن عن أبيه أنه قال: "لايصلُح صفقتان في صفقة." وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "رواه البزّارفي مسنده عن

---

(١) مسند أحمد ٦: ٣٢٤ حديث ٣٧٨٣ ومسند البزّار ٥: ٣٨٤ حديث ٢٠١٧

(٢) المعجم الكبير للطبراني ٩: ٣٧٤ حديث ٩٦٠٩ وصحيح ابن خزيمة ١: ٩٠ حديث ١٧٦ وصحيح ابن حبان ٢: ١٩٥ حديث ١٠٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أسود بن عامر. وأعلّ بعض طرقه ورجّح وقفه، وبالوقف رواه أبونعيم وأبوعبيد القاسم بن سلام."[1]

وهناك حديث آخر أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين في بيعة. أخرجه الترمذيّ والنّسائيّ عن أبي هريرة رضي الله عنه[2]. وقال الترمذيّ: "حديث حسن صحيح". ورواه مالك بلاغاً. وغلّط ابن الهمام رحمه الله تعالى من زعم أنّ الحديثين بمعنى واحد، وقال: "هذا (يعني حديث بيعتين في بيعة) أخصّ منه. فإنّه في خصوص من الصّفقات وهو البيع." بخلاف حديث الصّفقتين فإنّه عامّ لكلّ صفقة: سواءً كان بيعاً، أو إجارةً ونحوها."

ثمّ إنّ كُلاً من الحديثين فُسّر بتفسيرين: ففسّر سماك الحديث الأوّل بقوله: "الرّجل يبيع البيع فيقول: هو بنسإ بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا"[3] وكذلك فسّره أبوعبيد القاسم بن سلام بقوله: "بأن يقول الرّجل للرّجل: أبيعك هذا نقداً بكذا، ونسيئةً بكذا، ويفترقان عليه."[4]

والتّفسير الآخر للحديثين هو ماذكرنا من أن يُشترط عقدٌ بعقدٍ آخر. وهوالّذي اختاره صاحب الهداية، ورجّحه ابن الهمام رحمهما الله تعالى، كمافي فتح القدير.

---

(١) فتح القدير ٦: ٨١

(٢) سنن النسائي، كتاب البيوع، باب ٧٣ حديث ٤٦٣٦ وجامع الترمذي، كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٢٣١

(٣) مسند أحمد ٦: ٣٢٥

(٤) فتح القدير ٦: ٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

وأمّا الحديثُ الثاني، فقال فيه الإمام الترمذيّ رحمه الله تعالى بعد إخراجه:

"قال الشافعيّ: ومن معنى ما نهى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم عن بيْعتين في بَيعة أن يقول: أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك، وجبت لك داري. وهذا يُفارقُ عن بيعٍ بغير ثمنٍ معلوم، ولايدري كلُّ واحدٍ منهما على ما وقعت عليه صفقته."

وعلى أساس هذا الحديث ذهب جمهور العلماء إلى أنّ اشتراطَ صفقةٍ في صفقةٍ أخرى لايجوز. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "وهكذا كلُّ مافي معنى هذا، مثل أن يقول: بعتُك داري هذه على أن أبيعَك داريَ الأخرى بكذا، أوعلى أن تبيعَني دارَك، أو على أن أوجرَك، أوعلى أن تؤجرني كذا، أو على أن تُزوّجني ابنتَك، أو على أن أزوّجك ابنتي، أو نحوَ هذا، فهذا كلُّه لايصحّ. قال ابنُ مسعود: الصّفقتان في صفقةٍ رباً.[1] وهذا قول أبي حنيفة والشافعيّ وجمهور العلماء."[2]

أمّا الإمام مالك رحمه الله تعالى، فقد فرّق بين عقودٍ مختلفة، فمنعَ اجتماعَ بعض العقود في صفقةٍ واحدة، وأجاز ذلك في بعض العقود.

فمثلاً جوّز الإمام مالك رحمه الله تعالى اجتماعَ الإجارة والبيع في صَفقة واحدة. قال الخَرشي:

(١) مصنف عبدالرزاق ٨: ١٣٩ كتاب البيوع، حديث ١٤٦٣٦ والمعجم الكبير للطبراني ٩: ٣٧٤ حديث ٩٦٠٩ وصحيح ابن خزيمة، كتاب الوضوء، ١: ٩٠ حديث ١٧٦ وترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الوضوء ٢: ١٩٥ حديث ١٠٥٠ وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

"لايجوز اجتماعُ بيع الأعيان مع الجُعل في صفقة واحدة للعلّة المذكورة، (أي لتنافر الأحكام بين البيع والجعالة) بخلاف اجتماع الإجارة مع البيع في صفْقة واحدة، فيجوز، سواءٌ كانت الإجارة في نفس المبيع، كما لو باع جلوداً على أن يخرزها البائعُ للمشتري نعالاً، أوكانت الإجارةُ في غير المبيع، كما لو باع له ثوباً بدراهمَ معلومةٍ على أن ينسج له ثوباً آخر، وما أشبه ذلك على المشهور."[1]

وقدصرّح الإمام مالك رحمه الله تعالى في مسائلَ كثيرة من المدوّنة أنّ الجمعَ بين البيع والإجارة في صفقة واحدة جائزٌ عنده.[2] فكأنّه رحمه الله تعالى حصَرَ منع الصفقتين في الصفقة في عقودٍ خاصّة جمَعها بعضُهم في بيتين:

نكاحٌ، شركةٌ، صَرفٌ، وقرضٌ مُساقاةٌ، قِراضٌ، بيعٌ، جُعلٌ

فجَمْعُ اثنين منها: الحَظْر فيه فكُنْ فَطِناً، فإنّ الحفظَ سهلٌ[3]

والظّاهر أنّ ما سوى هذه العقود يجوز جمعُها عنده في صفقة واحدة.

وقد بيّن الإمام القرافيُ رحمه الله تعالى الأساسَ الّذي بنى عليها الإمام مالك رحمهماالله تعالى الفرقَ بين العقود المختلفة، فقال:

"اعلم أنّ الفقهاءَ جمعوا أسماءَ العقود الّتي لا يجوزُ اجتماعُها مع البيع في قولك: "جصّ مشنق"، فالجيمُ للجعالة، والصّادُ للصّرف، والميمُ للمساقاة،

---

(١) الخرشي على مختصر خليل، كتاب الإجارة ٧: ٤
(٢) المدوّنة الكبرى، أول كتاب الجعل والإجارة ٣: ٤١٥
(٣) الدسوقي على شرح مختصر خليل، باب المساقاة ٣: ٥٤٩

www.besturdubooks.wordpress.com

والشّين للشّركة، والنّون للنّكاح، والقافُ للقراض. والسّرُّ في الفرق أنّ العقودَ أسبابٌ لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبّباتها بطريق المناسبة، والشّيءُ الواحد بالاعتبار الواحد لا يُناسب المتضادَّين. فكلُّ عقدين بينهما تضادٌّ لا يجمعُهما عقدٌ واحد. فلذلك اختصّت العقودُ الّتي يجوز اجتماعُها مع البيع كالإجارة، بخلاف الجعالة، للزوم الجهالة في عمل الجعالة، وذلك يُنافي البيع؛ والإجازةُ مبنيّة على نفي الغرر والجهالة له، وذلك موفقٌ للبيع. ولا يجتمع النّكاحُ والبيعُ لتضادهما في المكايسة في العوض والمعوّض بالمسامحة في النّكاح، والمشاححة في البيع، فحصل التّضادّ. والصَّرفُ مبنيٌ على التّشديد[1] وامتناع الخيار والتّأخير، وأمورٍ كثيرة لا تُشترط في البيع، فضادُّ البيعُ الصَّرفَ. والمساقاةُ والقراض فيهما الغرر والجهالة كالجعالة، وذلك مضادٌّ للبيع. والشّركةُ فيها صَرْف أحدِ النّقدين بالآخر من غير قبضٍ، فهو صرفٌ غيرُ ناجز، وفي الشّركة مخالفةُ الأصول، والبيعُ على وفق الأصول، فهما متضادّان. وما لا تضادُّ فيه يجوز جمعُه مع

(١) وربما يُشكل عليه أنّه أجاز الصَّرف مع البيع في جزئية ذكرها ابن قدامة رحمه الله تعالى، وهي: إذا باع شيئا بدنانير بشرط أن يصرفها المشترى دراهم بسعر معلوم، فإنّه غير جائز عند الجمهور، وجائز عنده. قال ابن قدامة في تعليل قول الجمهور: "لأنه شرط في العقد أن يصرفه بالثمن الذى وقع العقد به، والمصارفة عقد بيع، فيكون بيعتان في بيعة...وجوّزه مالك، وقال لاألتفت إلى اللّفظ الفاسد إذاكان معلوماً حلالاً، فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير." (المغني ٤: ٢٩٠) والجواب أنه لم يجز البيع والصرف في صفقة واحدة، وإنما نظر إلى هذه الجزئيّة بخصوصها إلى مآل العقد دون صورته، حيثُ يجب على المشتري أن يُعطيه الدراهم ثمنا للمبيع، فكأنه عقد البيع بالدراهم، وليس بالدنانير، فالصرفُ الظاهر صورةً لايُعتبر، ولهذا قال: "لاألتفت إلى اللفظ الفاسد" ومعناه أنه لو اعتبر اللّفظ لحكم بعدم جوازه لكونه بيعا وصرفا في صفقة واحدة. هذا ما ظهر لي، والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع. فهذا وجه الفرق."[1]

فظهر أنّ العلّة في منع الصّفقتين في صفقة عند مالك رحمه الله تعالى ليس الجمعَ بين العقود في حدّ ذاته، وإنّما هو الجمعُ بين المتضادّين، فلو لم يكن هناك تضادٌّ بينهما جاز اجتماعهما في صفقة واحدة. وأمّا الجمهور الّذين يمنعون الجمعَ بين الصّفقتين في سائر العقود، فالظّاهرُ أنّ علّة المنع عندهم البيعُ بشرطٍ يُخالف مقتضى العقد، وقد مرّ أنّ بعضَ الفقهاء علّلوه بأنّه يستلزم الرّبا، وبعضُهم علّلوه بإفضاءه إلى النّزاع، وقد سبق أنّ التعليلَ الثّاني هو الرّاجح. وربّما يتأيّد التعليلُ الأوّل بقول عبدالله بن مسعود رضي الله تعالى عنه: "الصّفقتان في صفقة رباً."[2] ولكن يمكن حملُه على كونه عقداً فاسداً، لأنّ لفظ "الرّبا" كان كثيراً مّا يُطلق في عهد السّلف على كلّ عقدٍ ممنوعٍ شرعاً. قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى: "ويُطلق الرّبا على كلّ بيعٍ محرّم."[3] بل قد أُطلق هذا اللّفظُ على كلّ عمل محرّم، كما في قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"إنّ من أربى الرّبا الاستطالةُ في عِرض المسلم بغير حقّ." أخرجه أبوداود[4]

ووجب حملُ قول ابن مسعود رضي الله عنه على ذلك، لأنّه لايصدُق عليه المعنى المصطلح للرّبا كما أسلفنا في مبحث البيع بالشّرط، بل عدمُ صدقه على الصّفقتين

---

(١) الفروق للقرافي رحمه الله تعالى، الفرق ١٥٦ بين قاعدة ما يجوز اجتماعه مع البيع إلخ: ٣: ١٤٢

(٢) مصنف عبدالرزاق ٨: ١٣٩ كتاب البيوع، حديث ١٤٦٣٦ والمعجم الكبير للطبراني ٩: ٣٧٤ حديث ٩٦٠٩ وصحيح ابن خزيمة، كتاب الوضوء، ١: ٩٠ حديث ١٧٦ وترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الوضوء ٢: ١٩٥ حديث ١٠٥٠

(٣) فتح الباري، كتاب البيوع، باب قول الله عزوجل: ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربوا أضعافا مضاعفة، ٤: ٣١٣

(٤) سنن أبي داود، كتاب الأدب، حديث ٤٨٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

في الصَّفقة بالطريق الأولى، لأنّه إذا اجتمعت الصّفقتان، فالّذي يحصُل عموماً أنّ كلّ واحدٍ منهما له عوضٌ مستقلٌ معلوم، فلا يتأتّى فيه معنى الزّيادة بغير عوض. فالظّاهر أنّه أراد به عقداً ممنوعاً، وليس رباً بالمعنى المصطلح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وبما أنّ الصّفقتين في صفقة نوعٌ من البيع بشرطٍ زائد، فإنّه يجوز عند الحنفيّة إذا جرى به العُرف، لأنّ الشّرط في البيع إن كان معروفاً فإنّه يجوز عندهم. وأجاز الفقهاء الحنفيّة بيعَ النّعل بشرط أن يحذُوَه البائع، قالوا: إنّه لايجوزُ في القياس لكونه بيعاً بشرط الإجارة، ولكن جازاستحساناً لمكان العرف. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا اشترى نعلاً بدرهم، وشراكاً معها على أن يحذُوها البائع، فهو جائزٌ استحساناً لكونه متعارَفاً بين النّاس، وإذا كان أصلُ العقد يجوز للعرف، فالشّرط في العقد إذا كان متعارَفاً للجواز أولى. وإن اشترى ثوباً على أن يخيطه البائعُ بعشرةٍ فهو فاسد، لأنّه بيعٌ شُرط فيه إجارة، فإنّه إن كان بعضُ البدل بمقابلة الخِياطة، فهي إجارةٌ مشروطةٌ في بيع، وإن لم يكن بمقابلتها شيءٌ من البدل، فهي إعانةٌ مشروطةٌ في البيع، وذلك مفسدٌ للعقد. وهذا ومسألة النّعل في القياس سواء، غير أنّ هناك استحساناً للعرف، ولا عُرفَ هنا، فيؤخذ به بالقياس."[1]

فتبيّن أنّه إذا جرى العُرفُ بالجمع بين الصّفقتين، فإنّه يجوز. وعلى هذا تفرّعت عدّةُ جزئياتٍ في كتب الفقه، ومنها ما جاء في المحيط البرهاني:

---

(١) المبسوط للسرخسي – كتاب الإجارة (١٥/ ١٠٢)

www.besturdubooks.wordpress.com

"إذا دفع الرّجلُ جلداً إلى الإسكاف، واستأجره بأجرٍ مسمىً على أن يخْرِز له خُفَّين، وسمّى له المقدارَ والصفة على أن ينعل الإسكاف، ويبطّنه من عنده، ووصف له البطانةَ والنّعل، فهو جائزٌ استحساناً. والقياسُ أن لا يجوز. ووجهُ القياس في ذلك أنّ هذا إجارةٌ شُرط فيها شراء، فتفسُد، كما لو استأجر داراً، وشرط فيها شراءً، ولأنّه صار مشترياً ما ليس عنده لا على وجه السّلم، وشراءُ ما ليس عند الإنسان لا يجوزُ إلا سَلَماً، وكان بمنْزلة ما لو دفع ثوباً إلى خيّاطٍ ليخيطَ له جُبّةً على أن يحشُوه ويُبطنه من عنده بأجرٍ مسمّى، فإنّه لا يجوز لما ذكرنا. فكذلك هذا. ذكر محمّد رحمه الله مسألة الجبّة في الأصل على هذا الوجه، إلا أنّه تُرك هذا القياس في باب الخُفّ للتّعامل، ولا تعاملَ في فصل الخيّاط،[1] فيُردّ فصلُ الخيّاط إلى ما يقتضيه القياس."[2]

وكذلك إن سلّم رجلٌ غزْلاً إلى حائكٍ ليَنسِجه، وأمره أن يَزيد في الغزل رطلاً من غزله، فقد أجازه الفقهاء، سواءٌ أكان الغزلُ الزّائد قرضاً، أم بيعاً، مع أنّه إجارةٌ مشروطٌ فيها القرضُ أو البيع، ولكنّه جوّز استحساناً، وقالوا: "فإذا كان كلا الأمرين متعارفاً فيما بين النّاس، تُرك القياس فيهما، وخُصّ به الأثر."[3]

٢٣٥ - الصّور المتعارفة للجمع بين صفقات

وممّا تعورف في عصرنا أنّ النّاس يلتزمون تقديمَ مجموعةٍ من الخدمات في صفقة

---

(١) والظاهر أن التعامل اليوم على جوازه في الجبّة أيضاً، والله سبحانه أعلم.

(٢) المحيط البرهاني، كتاب الإجارة، الفصل ٣٣ (١٢: ١٠٥)

(٣) المحيط البرهاني، كتاب الإجارة، فصل ٣٣ (١٢: ١٠١)

www.besturdubooks.wordpress.com

واحدة، بعضُها ترجع إلى الإجارات، وبعضُها ترجع إلى البيوع، فوكلاء السّفر يقدّمون خدماتٍ للحجّ والعمرة مثلاً. فيلتزمون جميعَ حاجات المسافر في صفقة واحدة. بما فيها الحصولُ على التّأشيرة، وإكمالُ الإجراءات القانونيّة، وتذاكرُ عدّة من الأسفار الجوّيّة والبرّيّة، والإقامةُ في فنادق، أو في الخيام في مواضع متعددة، وثلاثُ وجباتٍ للأكل يوميًا، مع جهالة نوعها ومقدارها، ويتقاضون لهذه المجموعة أجراً مقطوعاً. فهذه مجموعةُ عدّة عقودٍ بعضُها إجارات، وبعضُه بيوع، وكلُّ واحدٍ منها مشروطٌ بالعقود الأخرى.

وكذلك أجرُ الإقامة في بعض الفنادق تشمل الفطور، أو الوجباتِ الثلاثة مع الجهالة في نوعها وقدرِها. فظاهرُ القياس أن لايجوز، لأنّه اشتراطُ صفقاتٍ في صفقة واحدة، مع الجهالةِ فيما هو مبيع، ولكن جرى به التّعاملُ من غيرنكير، والجهالةُ غيرُ مُفضية إلى النّزاع، فصار هذا المجموعُ جائزاً.

٢٣٦ – البيع بالوفاء

ومن قبيل الشّرط الزائد في البيع ما يسمّى "البيع بالوفاء". وهو على ما عرّفه الحصكفيّ في الدّرّالمختار: "أن يبيعه العينَ بألفٍ على أنّه إذا ردّ عليه الثّمنَ ردّ عليه العين." وعرّفه ابنُ نُجيم بقوله: " أن يقول البائعُ للمشتري: بعتُ منك هذا العينَ بدَينٍ لك عليّ، على أنّي متى قضيتُ الدّينَ فهو لي، أو يقولَ البائع: بعتُك هذا بكذا على أنّي متى دفعتُ لك الثّمن، تدفعُ العينَ إليّ."[1] ووجهُ تسميته بالوفاء أنّ فيه

(١) البحر الرائق ٦: ١١

www.besturdubooks.wordpress.com

عهداً بالوفاء من المشتري بأن يردّ المبيعَ على البائع حين يردّ الثّمن. وبعضُ الفقهاء يُسمّيه "البيع الجائز"، ولعلّه مبنيٌّ على القول بجواز البيع كما سيأتي، وبعضُهم يُسمّيه "بيع المعاملة". وسمّاه الشّافعيّة "الرّهنَ المعاد"،[1] والمالكيّة "بيع الثّنايا".[2]

واختلف الفقهاءُ في حكمه اختلافاً شديداً، فذكروا فيه أقوالاً كثيرةً من أهمّها ما يأتي:

الأوّل: أنّه رهنٌ حقيقةً، وذُكر في جامع الفصولين عن فتاوى النّسفيّ قال:

"البيع الّذي تعارفه أهلُ زماننا احتيالاً للرّبا، وسمّوه بيعَ الوفاء هو رهنٌ في الحقيقة، لايملكه ولاينتفع به إلاّ بإذن مالكه، وهو ضامنٌ لما أكل من ثمره، أو أتلف من شجره، ويسقُط الدّينُ بهلاكه لوبقي، ولايضمَن الزّيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينَه، لافرقَ بينه وبين الرّهن في حكمٍ من الأحكام."[3]

وبه جزم الإمام أبوالحسن الماتريديّ وكثيرٌ من الفقهاء. وبهذا صدر قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ. وهذا نصّه:

"وحقيقتُه: "بيع المال بشرط أنّ البائعَ متى ردّ الثّمنَ يردّ المشتري إليه المبيعَ". قرّر:

١- إنّ حقيقة هذا البيع "قرضٌ جرّ نفعًا" فهو تحايلٌ على الرّبا، وبعدم صحّته قال جمهورُ العلماء.

---

(١) الدر المختار مع ردّ المحتار ١٥: ٥٧٩

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٢٣٣

(٣) جامع الفصولين، الفصل الثامن عشر ١: ١٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

٢- يَرَى المجمعُ أنّ هذا العقد غيرُ جائز شرعًا."[1]

الثّاني: أنّه بيعٌ صحيحٌ بشرطه للعُرف، وهو الّذي اختاره الزّيلعيّ رحمه الله تعالى، فقال: "الفتوى على أنّه بيعٌ جائزٌ مفيدٌ لبعض أحكامه، من حلّ الانتفاع به، إلاّ أنّه لا يملك بيعَه للغير. وذكر الحصكفيّ عن النّهاية أنّ عليه الفتوى. وذكر ابنُ عابدين عن النّهر: "والعملُ في ديارنا على ما رجّحه الزّيلعيّ".[2] ولعلّ هذا القولَ مبنيٌّ على جواز الشّرط المتعارَف في البيع.

الثّالث: ما سمّوه "القول الجامع": وهو أنّه فاسدٌ في حقّ بعض الأحكام، حتّى مَلَك كلٌّ منهما الفسخ، صحيحٌ في حقّ بعض الأحكام، كحِلّ الأنزال ومنافع المبيع، ورهنٌ في حقّ البعض، حتّى لم يملك المشتري بيعَه من آخر، ولا رهنَه، وسقط الدّينُ بهلاكه. فهو مركّبٌ من العقود الثّلاثة، كالزّرافة فيها صفةُ البعير، والبقر، والنّمِر، جُوّز لحاجة النّاس إليه، بشرط سلامة البدلين لصاحبهما. قال في البحر: " وينبغي أن لايُعدل في الإفتاء عن القول الجامع."[3] وهو الّذي اختاره أصحابُ مجلّة الأحكام العدليّة في مادة ١١٨ حيث قالوا:

"بيعُ الوفاء هو البيعُ بشرط أنّ البائعَ متى ردّ الثمن يردّ المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنّظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنّظر إلى كون كلّ من الطّرفين مقتدرًا على الفسخ، وفي حكم الرّهن بالنّظر

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٦ بشأن بيع الوفاء

(٢) ردالمحتار، باب الصرف ٥: ٥٨١

(٣) البحر الرائق ٦: ١٣ باب خيار الشرط

www.besturdubooks.wordpress.com

إلى أنّ المشتري لايقدر على بيعه إلى الغير."

وعلى هذا الأساس فرّعت المجلّةُ عدّةَ أحكامٍ جزئيّة لبيع الوفاء في المواد ٣٩٦ إلى ٤٠٣

القول الثالث: أنّ شرطَ الوفاء إن كان في صُلب العقد، فإنّه يُفسِد البيع، ويصيرُ رهناً تجري عليه جميعُ أحكام الرّهن، من أنّه يحرُم على المشتري أن ينتفع به، لأنّه مرتهنٌ في الحقيقة. أمّا إذا كان صُلبُ العقد خالياً من شرط الوفاء، ثمّ وعدَ المشتري بأنّ البائعَ كلّما جاء بالثّمن، فإنّه يبيعُ إليه المبيعَ ببيعٍ جديد، فهو بيعٌ جائزٌ يُحِلّ للمشتري الانتفاعَ بالمبيع، ويكونُ الوعدُ مُلزماً للمشتري. قال القاضي خان رحمه الله تعالى:

"وإن ذُكر البيعُ من غير شرطٍ، ثم ذُكر الشّرطُ على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاءُ بالوعد، لأنّ المواعدةَ قد تكونُ لازمةً، فتُجعلُ لازمةً لحاجة النّاس."[1]

قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى بعد نقل هذا القول: "وهو الصّحيح، كما في الكافي والخانيّة، وأقرّه خسرو هنا، والمصنّف في باب الإكراه، وابنُ الملك في باب الإقالة." وهذا ما اختاره بعضُ مشايخنا في شبه القارة الهنديّة للفتوى.[2]

وهذا القول مبنيٌّ على قول الصّاحبين بأنّ الشّرط بعد العقد لايلتحق بأصل العقد.

(١) فتاوى قاضي خان بهامش الهندية ٢: ١٦٥ فصل في الشروط المفسدة للبيع

(٢) راجع إمدادالفتاوى ٣: ١٠٨ و٣: ١٠٩ مسألة ١٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنَّ الشّرط الفاسدَ لو التحق بعد العقد، ففي التحاقِه بالعقد روايتان عن أبي حنيفة، والصّحيحُ أنّه يلتحق عنده لاعندهما، ورجّح المشايخُ قول الصّاحبين.[1]

وكذلك المالكيّةُ صرّحوا بمثل ذلك في بيع الوفاء الّذي يُسمّونه "بيع الثُّنيا" أو "الثّنايا"، فإنّه لايجوزُ عندهم بالشّرط في صُلب البيع. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى في المدوّنة:

" ومن ابتاع سلعةً على أنَّ البائعَ متى ردَّ الثّمن فالسّلعةُ له، لم يجُزْ لأنّه بيعٌ وسلف. قال سُحنون: بل سَلَفٌ جرَّ منفعةً.اهـ"[2]

ولكن إذا وقع البيع مطلقاً عن هذا الشّرط، ثمّ وعد المشتري البائعَ بأنّه سوف يبيعُه إن جاءه بالثّمن، فإنَّ هذا الوعدَ صحيحٌ لازمٌ على البائع، قال الحطّاب رحمه الله:

"قال في معين الحكّام: ويجوز للمشتري أن يتطوّعَ للبائع بعد العقد بأنّه إن جاء بالثّمن إلى أجل كذا، فالمبيعُ له. ويلزمُ المشتريَ متى جاء بالثّمن في خلال الأجل، أو عند انقضاءه، أو بعده على القُرب منه، ولا يكونُ للمشتري تفويتٌ[3] في خلال الأجل، فإن فعل ببيع أو هبة أو شبه ذلك، نُقِضَ إن أراده البائع، ورُدَّ إليه...وإن لم يضربا لذلك أجلاً، فللبائع أخذُه متى جاءه بالثّمن في قُرب الزّمان أوبعده، مالم يُفوّته المبتاع. فإن فوّته فلا سبيل له إليه . فإن

(١) راجع ردالمحتار ٤: ٦٥٥ باب البيع الفاسد

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للعلامة الحطاب رحمه الله ص ٢٣٣

(٣) التّفويت في اصطلاح المالكيّة أيْ تصرّفٌ مانع للرّدّ.

www.besturdubooks.wordpress.com

قام عليه حين أراد التّفويت، فله منعه بالسّلطان إذاكان مالُه حاضراً. فإن باعه بعد منع السّلطان له رَدّ البيع، وإن باعه قبل أن يمنعه السّلطان نفذ بيعه"[١]

أمّا إذا كان الوعدُ بالوفاء قبل البيع، ثمّ عقدا البيعَ بغير شرط، فقد اختلفت فيه أقوالُ المتأخّرين من الحنفيّة. فقال ابنُ قاضي سماوة في جامع الفصولين:

"ولو تواضعا (أي التّلجئة) قبل البيع ،ثمّ تبايعا بلاذكر شرط، جاز البيعُ عند ح رحمه الله، إلاّ إذا تصادقا أنّهما تبايعا على تلك المواضَعة. وكذا لو تواضعا الوفاءَ قبل البيع، ثمّ عقدا بلا شرط الوفاء، فالعقدُ جائزٌ، ولا عبرة للمواضعة السّابقة."[٢]

ومعناه أنّ المواضعةَ السّابقة للوفاء لا تلتحق بأصل العقد، فيجوز البيع، كما جاز في المواضعة اللاّحقة.

واعترض عليه ابنُ عابدين رحمه الله تعالى بأنّه ينبغي الفساد لو اتّفقا على بناء العقد عليه. وتعقّبه الأتاسيّ رحمه الله تعالى بأنّه بحثٌ مخالفٌ للمنقول.[٣] ولكن يبدو أنّ النّزاع لفظيّ، لأنّ صاحب جامع الفصولين صرّح بالاستثناء من الجواز ما إذا تصادقا أنّهما تبايعا على تلك المواضعة، ومعناه أنّهما إذا بنيا العقد على المواضعة السّابقة بتصريح أنّه مشروطٌ بتلك المواضعة، تبيّن أنّ الشرطَ في صلب العقد، وهو مفسد. والّذي جوّزه في جامع الفصولين أن تكون المواضعةُ ليس لها ذكرٌ في العقد، وليس هناك تصادقٌ بأنّهما

---

(١) تحرير الكلام ص٢٣٩

(٢) جامع الفصولين، فصل ١٨ ج ١ص ٢٣٧

(٣) شرح المجلة للأتاسي ٢: ٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

بنيا العقدَ عليها. وحينئذٍ لاوجهَ لعدم الجواز. وبجوازه أفتى شيخُ مشايخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى.[1]

وربّما يقع ههنا إشكال، وهو أنّ المواضعةَ إذا وقعت قبلَ العقد، فالظّاهر أنّها ملحوظةٌ عند العقد لدى الفريقين، ولولم يتلفّظا بها صراحةً عند الإيجاب والقبول، وإنهما لا يبنيان العقدَ المطلق إلاّ على أساس ذلك الوعد السّابق. فلم يبق هناك فرقٌ بين هذا العقد المطلق الّذي سبقته مواضعةٌ من الفريقين، وبين العقد الّذي شُرط فيه العقدُ الآخر صراحةً، وينبغي أن يكون الحكم دائراً على حقيقة المعاملة دون صورتها، وأن تكون المواضعةُ السّابقةُ فى حكم الشّرط فى البيع فى عدم الجواز.
والجواب عن هذا الإشكال على ما ظهر لي - والله سبحانه أعلم- أنّ الفرقَ بين المسألتين ليس في الصّورة فحسب، بل هناك فرقٌ دقيق في الحقيقة أيضاً.

وذلك أنّ العقد الواحد إن كان مشروطاً بالعقد الآخر صراحةً، والّذى يُعبّر عنه بالصّفقة فى الصّفقة، لا يكونُ عقداً باتّاً، وإنّما يتوقّف على عقدٍ آخر بحيثُ لا يتمّ العقد الأوّلُ إلاّ به، فكان فى حكم العقد المتردد. فإذا قال البائعُ للمشتري: بعتُك هذه الدّار على أن تؤجرَ الدّارَ الفلانيّة لي بأجرة كذا، فمعناه: أنّ تمامَ البيع موقوفٌ على الإجارة اللاّحقة، ومتى توقّف العقدُ على واقعٍ لاحق، خرج من حيّز كونه باتّاً، وصار في حكم العقد المتردد، ولو حكمنا بمقتضى هذا العقد، وامتنع المشترى من الإجارة، فإنّ ذلك يستلزم أن يثبت للمشترى خيارُ الفسخ، لأنّه لم يرضَ بالعقد إلاّ بشرط الإجارة اللاّحقة، وعند فوات الشّرط يفوتُ المشروط. و هو الّذى صرّح به الفقهاءُ الّذين

---

(١) إمدادالفتاوى ٣: ١٠٨ و٣: ١٠٩ مسألة ١٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

يُجوِّزون الشّرطَ في البيع. فقد ذكر ابنُ قدامة رحمه الله تعالى في من باع عبداً بشرط أن يُعتقه المشتري، أنّ البيعَ بهذا الشّرط جائزٌ في مذهب المالكيّة، وهو وجهٌ في مذهب الحنابلة، وهو ظاهرُ مذهب الشّافعيّة. ثمّ قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

"وإن لم يُعتِقْه، ففيه وجهان: أحدُهما يُجبر، لأنّ شرطَ العتق إذا صحّ تعلّقُه بعينه، فيُجبر عليه كما لو نذر عتقَه، والثّاني: لايُجبر، لأنّ الشّرطَ لا يوجب فعلَ المشروط، بدليل ما لو شرَط الرّهنَ والضّمين. فعلى هذا يثبت للبائع خيارُ الفسخ، لأنّه لم يُسلّم له ما شرَطه له. أشبه مالو شرطَ عليه رهناً."[١]

وكذلك صرّح الحنفيّة في الشّروط الجائزة أنّها تُعتبر بمعنى أنّ عدمَ الوفاء بها يُثبت الخيارَ لمن اشترطها. جاء في الفتاوى الهندية:

"ولوشرط فيه رهناً معيّناً، ثم امتنع من تسليم الرّهن لايُجبر عليه، ولكن يُقال للمشتري: إمّا أن تدفع الرّهنَ أوقيمتَه أوالثّمن، أويُفسخ العقد."[٢]

وذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى عدّةَ صُورٍ من الشّروط الجائزة عند الحنفيّة، ومنها ما جرى بها التّعامل، مثلُ الاشتراط على البائع أن يُوفيَ المبيعَ في منزله،[٣] ومثلُ اشتراط الرّهن أو الكفيل،ثم قال: "ولوامتنع المشتري من هذه الوجوه، فللبائع أن

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٦

(٢) الفتاوى الهندية ٣: ١٣٣ كتاب البيوع، باب ١٠

(٣) وقد يُستشكل بأنّ الشّرط الفاسد إن كان يُخرج البيع من كونه باتّاً، ويجعله في حكم البيع المعلّق، فكيف يجوز البيع بشرط متعارَف، مع أنّه بيعٌ معلّقٌ أيضاً؟ والجواب عنه ما تقدّم في عبارة ابن عابدين رحمه الله تعالى أنّ علّة الفساد في مثل هذا البيع هو الجهالة المفضية إلى النّزاع، ومتى ارتفعت الجهالة بالعرف، فقدت علّة المنع، والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

يفسخ البيعَ لفوات الشّرط والغرض."[1]

فتبيّن بهذا أنّ مقتضى الشّرط في البيع أن يكون تمامُ البيع متوقّفاً على الوفاء بالشّرط، فإن لم يوجد الوفاء، حصل للآخر خيارُ الفسخ.

وهذا بخلاف ما لو ذكرا الشّرط على سبيل الوعد في أوّل الأمر، ثمّ عقدا البيعَ مطلقاً عن شرط. فإنّ البيعَ ينعقد بيعاً باتّاً من غير أن يتوقّف تمامُه على شيئ، فلا يتوقّف تمامُه على الوفاء بالشّرط. فلو امتنع المشترى من الوفاء بعد ذلك، فإنّه لا يؤثّر على هذا البيع الباتّ شيئاً، فيبقى البيعُ تامّاً على حاله، ولايثبتُ خيارُ الفسخ للبائع. وغايةُ الأمر أن يُجبرَ المشترى على الوفاء بوعده على القول بلزوم الوعد. وهذا شيئٌ لا أثرَ له على البيع الباتّ الّذى حصل بدون أيّ شرط، فإنّه يبقى تامّاً، ولايحقّ للمشترى أن يفسخ البيع، ولولم يفِ المشترى بوعده.

وبهذا تبيّن أنّ البيع إذا اشتُرط فيه العقدُ الآخر، يبقى متردّداً بين التّمام والفسخ، بخلاف البيع المطلق الّذى سبقه الوعد بالشيئ، فإنّه لا تردّدَ في تمام البيع، فإنّه يتمّ في كلّ حال. فلايصحّ أن يقال إنّ الأمرَ سواءٌ في الحالتين.

ولكن لابدّ من التنبّه بأنّ الحكمَ بجواز البيع في هذه الصّورة تصحيحٌ له بجميع لوازمه، ومنه أنّ المبيعَ مضمونٌ على المشترى. فإن هلك المبيعُ في يد المشترى، فإنّه يهلك من ماله، ولا يسقُط به شيئٌ من الثّمن. وبهذا يُفارق هذا البيعُ الرّهن.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٣٧- بيع الاستغلال

ثمّ إنّ الّذى باع المبيعَ وفاءً، قد يستأجرُه من المشترى، ويُسمّى "بيعَ الاستغلال"(١).
وحكمُه يتفرّع على الخلاف فى حُكم بيع الوفاء. فمَن جعله بيعاً فاسداً، أو رهناً، لم يُجِز إجارته من البائع. أمّا من أجاز بيعَ الوفاء، فقد أجاز إجارته من البائع أيضاً. جاء فى الفتاوى البزّازيّة:

"فإن آجر المبيعَ وفاءً من البائع، فمن جعله فاسداً قال: لاتصحُّ الإجارة، ولايجب شيئ...ومَن جعله رهناً كذلك، لم يلزم البائعَ الأجرُ... ومن أجازه جوّز الإجارةَ من البائع وغيرِه، وأوجب الأجر."(٢)

والظاهرُ من هذا الكلام أنّ الذين لم يُجيزوه عند اشتراط الوفاء فى صُلب العقد، وأجازوا وعدَ الوفاء قبل العقد أو بعده، فإنّ مقتضى قولهم فى صورة الجواز أن تجوز الإجارةُ إلى البائع أيضاً. ولكن يجب لذلك أن يقبض المشترى أوّلاً على المبيع، ثمّ يعقد الإجارة من البائع، فإن آجر قبل القبض، لايجوز. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"وإن آجره من البائع قبل القبض، أجاب صاحبُ الهداية أنّه لايصحّ، واستدلّ بمالوآجر عبداً اشتراه قبل قبضه، أنّه لاتجب الأجرة. وهذا فى البات، فماظنّك بالجائز؟ اهـ فعُلم به أنّ الإجارةَ قبل التّقابض لاتصحّ على

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار ٥: ٢٨٧ ومجلة الأحكام العدلية، مادة ١١٩ وراجع شرحه للأتاسي ٢: ١١ إلى ٢: ١٤
(٢) الفتاوى البزازية بهامش الهندية ٤: ٤١٢ و ٤١٣ وقدنقله ابن عابدين فى ردالمحتار ٥: ٢٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com

قول من الأقوال الثلاثة."[1]

ولاشكَّ أنّ الحكمَ بصحّة الإجارة إنّما يصحّ على المذهب المفتي به للحنفيّة إذا لم يكن البيعُ مشروطاً بها في صُلب العقد. وكذلك الحكمُ بصحّة الإجارة يستلزم أن تكونَ العينُ المؤجَرةُ في ضمان المؤجِر طوالَ مدّة الإجارة. فإن هلكت بغير تعدٍّ من المستأجر، فإنّها تهلك من مال المؤجر.

٢٣٨ – البيع الإيجاريّ (Hire- Purchase)

وممّا اعترفت به القوانينُ الوضعيّة نوعٌ من البيع يُسمّى البيع الإيجاريّ (Hire-Purchase)

وحقيقتُه أنّ مالكَ العين يؤجرها إلى آخر بشرط أنّ المستأجر إذا وفّى بجميع أقساط الأجرة في مدّةٍ معلومة، فإنّه يستحقّ تملّكها دون دفع أيّ ثمنٍ يُعتدّ به. واختلفت عباراتُ الحقوقيّين في تعريفه اختلافاً كثيراً، ولكنّ الذي جرى به العُرف القانونيّ يتلخّص في صورتين:

الصّورة الأولى: ماعرّفها الأستاذ السّنهوريّ رحمه الله تعالى بقوله: "يَصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار، ويصفان أقساطَ الثّمن بأنّها هي الأجرةُ مقسّطة. ثم يتّفقان على أنه إذاوفّى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجارُ بيعاً، وانتقلت ملكيّةُ

---

(١) ردّالمحتار ١٥: ٥٨٦ وقال محقق الكتاب: "لم نعثر على النقل في الهداية، ولعلّ صاحب الهداية ذكره في غيرها من مؤلفاته."

www.besturdubooks.wordpress.com

المبيع باتّةً إلى المشتري."[١]

والصّورةُ الثّانيةُ ماعُرِّف في القانون الإنكليزيّ بأنّه "إجارةُ عينٍ مع الاتّفاق بين الطّرفين على أنّ إجماليّ الأجرة المدفوعة إلى مدّةٍ معيّنة إن بلغت قيمةَ الشّراء المتّفق عليها في العقد، فإنّ المستأجر يكون بالخيار بين أن يفسخ الإجارة ويردّ العين، وبين أن يشتريها من المؤجر إمّا مقابلَ مادفعه من الأجرة، أو بدفع مبلغٍ متّفق عليه."[٢]

أمّا الصّورة الأولى، فهي ظاهرةُ البطلان شرعاً، لأنّ العقد صار متردّداً بين البيع والإجارة، فهو إجارةٌ إلى مدّة معلومة، ويُعتبر نفسُه بيعاً بعد تلك المدّة. ولذا، فقد وقع هناك اختلافٌ شديدٌ في المحاكم الوضعيّة في تكييف هذا العقد هل هو بيعٌ أم إجارة؟ أم هو مركّب من العقدين.[٣] وإنّ الشّريعة لاتحتمل الجهالة في المبيع والثمن، فضلاً أن تحتملها في طبيعة العقد نفسها.

وأمّا الصّورة الثّانية، فإنّ تخييرَ المشتري بالشّراء في نهاية مدّة الإجارة تكون عادةً بالنّصّ في عقد البيع، فهو شرطٌ مخالفٌ لمقتضى العقد، فلايجوز من هذا الوجه. والتّعريفُ الذي ذكرناه عن القانون الإنكليزيّ يُسيغ للعاقدين أن يعتبرا الأجرةَ المدفوعةَ ثمناً لشراء العين، وحينئذٍ يعود نفسُ المحظور الّذي كان في الصّورة الأولى، حيثُ إنّ دفعاتِ الأجرة

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٤: ١٧٧ و ٤: ١٧٨

(٢) Chitty On Contracts, V2, p461, Para 3212, Sweet & Maxwell, London. 1977

(٣) راجع لتفصيل هذا الاختلاف حاشية الوسيط ٤: ١٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

تنقلب ثمناً للبيع اللاّحق، وينقلب العقدُ كلُّه بيعاً بعد ما عُقد في البداية إجارةً. وهذا سببٌ ثانٍ لفساد العقد من النّاحية الشّرعيّة.

٢٣٩- التأجير التمويلي

وهناك طريقٌ آخر للبيع الإيجاري يُسمّى في المؤسّسات الماليّة "التّأجير التّمويلي" (Financing Lease) ويؤجر فيه مؤسّسة ماليّة عقاراً أو سيّارةً أو أجهزةً بأن يبقى مِلكُها مع المؤسّسة المؤجرة، وينتفع بها المستأجر خلالَ مدّة الإجارة، وفي نهاية مدّة الإجارة تُدفع العينُ المؤجرةُ إلى المستأجر إن وفّى جميع أقساط الأجرة. ولأجلِ هذا الغرض، تُعيَّن الأجرةُ على أساس التّكلفة التي تحمّلها المؤجر لشراءها، فيُضيفُ على تلك التّكلفة نسبةً مئويّةً تكون في العادة مرتبطةً بسعر الفائدة الرّبويّة، فلمّا يستوفي المؤسّسة المؤجرةُ تكلفتها مع ربح زائد، فلا شُغل له بالعين المؤجرة، فينتقل ملكها إلى المستأجر. ولكنّ المؤجرَ في مثل هذه الإجارة لايقبل أيَّ خطر أو ضمانٍ للعين المؤجرة، بل الضّمانُ على المستأجر في جميع الحالات. فلو هلكت العينُ أثناءَ مدّة الإجارة، فإنّه يُلزمُ المستأجرَ أن لايزال يدفع أقساطَ الأجرة في مواعيدها، ولو وقع الهلاكُ بدون تعدٍّ أو تقصيرٍ منه.

وإنّ هذا الطّريقَ غيرُ مقبولٍ في الشّريعة الإسلاميّة إطلاقاً، فإنّ المؤجرَ بصفته مالكاً للعين يجب عليه أن يتحمّل ضمان العين، وإنّ يد المستأجريدُ أمانة، فلا يضمن الهلاك إلاّ بتعدٍّ منه أو تقصير بسوء استخدامه للعين المؤجرة. وكذلك لامعنى لدفع الأجرة بعد هلاك العين وفُقدان المنفعة التي كانت مقابلةً للأجرة.

والواقعُ أنّ الإجارةَ التّمويليّة بهذا الشّكل طريقٌ من طُرق الإقراض الرّبويّ. والعدةُ

www.besturdubooks.wordpress.com

في القروض الربويّة من قِبل المؤسّسات الماليّة أنّها تُطالبُ برهن من المقترض توثيقاً للدّين. ولكن إن تخلّف المقترضُ عن السّداد، احتاجت المؤسّسات إلى تسييل الرّهن. وإنّ ذلك يتطلّب إجراآت قانونيّة. وتفادياً لهذه الإجراآت، اتّخذت هذا الطّريق لئلاّ تكون العينُ عندهم بصفتها مرهونةً، بل تحتفظ بملكيّتها وإمكان بيعها في السّوق دون اتّخاذ إجراآت قانونيّة لتسييل الرّهن. وكذلك قد يُفيدهم هذا الطّريق لتخفيف الضّرائب في بعض السّلطات. ولكن صاغوا هذا العقد بأن يحتفظوا بحقّ الملك، ويبتعدوا عن جميع الأخطار والضّمانات الّتي هيَ تتبع الملكَ في عامّة الأحوال. وأجازتهم السّلطاتُ القانونيّةُ بذلك لأنّهم يعتبرونه تمويلاً ربويّاً في الأصل، ولا مانعَ عندهم في ذلك والعياذُ بالله تعالى.

٢٤٠ – الإجارة المنتهية بالتّمليك

أمّا إذا آجر المؤجرُ عيناً، ولم يكن البيعُ مشروطاً في عقد الإجارة، ولكن وعد المؤجرُ بالبيع وعداً منفصلاً عن العقد، فينبغي الجواز، بشرط أن تجريَ عليه جميعُ أحكام الإجارة طوالَ المدّة، بما فيها أنّ العينَ المؤجرة تبقى في ملك البائع وضمانه طوال المدّة، بحيثُ إذا هلكت بدون تعدٍّ أوتقصيرٍ من المستأجر، تهلك من مال المؤجر، وينقطعُ الكراء. وإن هلكت بتقصير من المستأجر. فإنّه يضمن قيمتها يومَ الهلاك، وبشرط أن يُعقدَ البيعُ مستقلاً بعد انتهاء مدّة الإجارة، وسُمّيت مثلُ هذه العمليّة في الكتابات المعاصرة "الإجارة المنتهية بالتّمليك". وقد صدر به قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ، ونصّه:

"الإيجار المنتهي بالتّمليك:

www.besturdubooks.wordpress.com

أولاً: ضابطُ الصّور الجائزة والممنوعة ما يلي:

أ- ضابط المنع: أن يَرِد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عينٍ واحدة، في زمن واحد.

ب- ضابط الجواز:

١- وجود عقدين منفصلين يستقلُّ كلٌّ منهما عن الآخر زماناً بحيث يكون إبرامُ عقد البيع بعد عقد الإجارة ، أو وجودُ وعدٍ بالتّمليك في نهاية مدّة الإجارة ، والخيارُ يوازي الوعدَ في الأحكام.

٢- أن تكون الإجارةُ فعليّةً، وليست ساترةً للبيع.

٣- أن يكون ضمانُ العين المؤجرة على المالك، لا على المستأجر، وبذلك يتحمّل المؤجرُ ما يلحق العينَ من ضررٍ غير ناشئٍ من تعدّي المستأجر أو تفريطه، ولا يُلزمِ المستأجرَ بشيء إذا فاتت المنفعة.

٤- إذا اشتمل العقدُ على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التّأمين تعاونيّاً إسلامياً، لا تجاريّاً، ويتحمّله المالك المؤجر، وليس المستأجر.

٥- يجب أن تُطبّق على عقد الإجارة المنتهية بالتّمليك أحكامُ الإجارة طوالَ مدّة الإجارة، وأحكامُ البيع عند تملّك العين.

٦- تكون نفقاتُ الصّيانة غير التّشغيليّة على المؤجر، لا على المستأجر طوالَ مدّة الإجارة.

ثانياً- من صور العقد الممنوعة:

www.besturdubooks.wordpress.com

أ- عقدُ إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابلَ ما دفعه المستأجر من أجرة خلالَ المدّة المحدّدة، دونَ إبرام عقد جديد، بحيثُ تنقلب الإجارةُ في نهاية المدّة بيعاً تلقائياً.

ب- إجارةُ عينٍ لشخصٍ بأجرة معلومة، ولمدّة معلومة، مع عقد بيعٍ له معلّق على سداد جميع الأجرة المتّفق عليها خلالَ المدّة المعلومة، أو مضافٍ إلى وقتٍ في المستقبل.

جـ - عقدُ إجارة حقيقيّ، واقترن به بيعٌ بخيار الشّرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجّلاً إلى أجل طويل محدّد (هو آخر مدّة عقد الإيجار).

وهذا ما تضمّنته الفتاوى والقرارات الصّادرة من هيئات علميّة، ومنها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربيّة السّعودية."[1]

٢٤١- الاستثناء في البيع

ومن شروط صحّة عقد البيع أن لايتضمّن استثناءً غير مشروع. والأصل فيه ما أخرجه التّرمذيّ عن جابر رضي الله تعالى عنه:

"أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثُّنيا إلاّ أن تُعلم."

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، قرار رقم: ١١٠ (١٢/٤) بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير.

وقال الترمذيّ رحمه الله تعالى: "هذا حديثٌ حسن صحيح."[١] وهذا الحديث أصلٌ في باب الاستثناء من البيع، ومُفاده أنّ الاستثناء إن أدى إلى الجهالة في المستثنى، أو في المستثنى منه، فإنّه ممنوع. أمّا إن كان معلوماً، ولايؤدي إلى جهالة مفسدة في المستثنى منه، فإنّه جائز.

وعلى هذا الأساس استنبط الحنفيّة مسائلَ الاستثناء فقالوا: إنّ الأصلَ أنّ ماجاز بيعُه انفراداً، جاز استثناؤه من البيع. فلو باع صُبرةَ حنطة، واستثنى قفيزاً منها، فالبيعُ جائزٌ في المستثنى منه. وكذا إذا باع صُبرةً، واستثنى جزءً شائعاً منها، ثلثها أوربعها، أونحو ذلك، لأنّ بيع قفيزٍ من صُبرة جائز، وكذلك بيعُ جزءٍ شائع من الصُّبرة، فجاز استثناؤه من الصُّبرة. أمّا لوباع قطيعاً من الغنم، واستثنى شاةً منها بغير عينها، فالبيع فاسد، لأنّ الغنم ممّا تتفاوت آحادُها، فلايجوز بيعُ شاةٍ غير معيّنة من قطيع، لأنّ عدم تعيينها يؤدي إلى الجهالة، فلا يجوز استثناؤها أيضاً بدون التّعيين. ولكن لواستثنى شاةً منها بعينها فالبيع جائز.

وإن باع حيواناً، واستثنى مافي بطنه من الحمل، أو استثنى شيئاً من أطرافه، فالبيعُ فاسد، لأنّ الحمل والأطرافَ ليست محلاً للبيع بانفرادها، فلا يجوز استثناؤها. و يُفسد مثلُ هذا الاستثناءِ كلَّ عقدٍ يفسد بالشّروط الفاسدة، لأنّ الاستثناء الفاسد بمنزلة الشّرط الفاسد، فيفسُد العقد الّذي يُفسده شرطٌ فاسد، مثل الإجارة والرّهن والكتابة. أمّا العُقود التي لايُفسدها الشّرط الفاسد، مثلُ النّكاح، والخلع، والصّلح عن

---

(١) جامع الترمذي، كتاب البيوع، باب ماجاء في النهي عن الثنيا، حديث ١٢٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

دم العمد، والهبة، والصدقة، فمثلُ هذا الاستثناء لايُفسدها، ويبطُل الاستثناء.[1]

ومذهبُ المالكيّة قريبٌ من مذهب الحنفيّة.

أمّا الشافعيّة والحنابلة، فإنّما يجوّزون الاستثناءَ من الصُبرة إن كان بنسبة شائعة، مثل الثلث أو الرّبع. أمّا إذا استثنى قدراً معلوماً، مثل قفيزأو قفيزين، فإنّه لايجوز عندهم، وعلّله ابنُ قدامة رحمه الله تعالى بأنّ "المبيعَ معلومٌ بالمشاهدة، لابالقَدر، والاستثناءُ يغيّر حكمَ المشاهدة، لأنه لايُدرى كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز، ويخالف الجزء (يعني المشاع) فإنه لايُغيّر حكمَ المشاهدة، ولايمنع المعرفة بها."[2]

---

(۱) بدائع الصنائع، ۳۸۷- ٤: ۳۸٦ الشروط الفاسدة

(۲) المغني لابن قدامة ٤: ۲۱۳ باب بيع الأصول والثمار

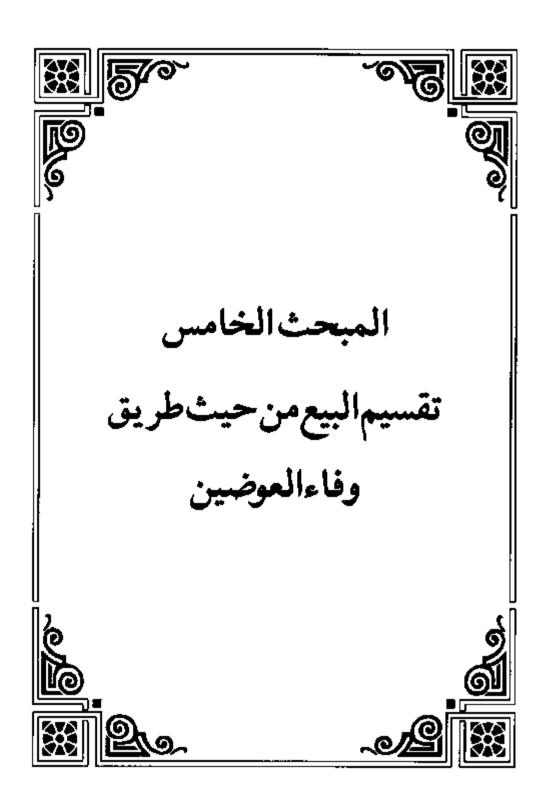
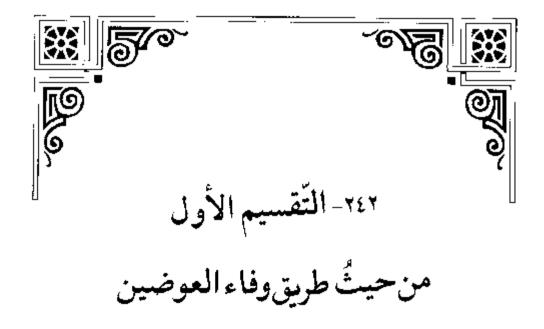
www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الخامس

تقسيم البيع من حيث طريق وفاء العوضين

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٤٢- التّقسيم الأول

من حيثُ طريق وفاء العوضين

إنّ البيع له أقسام كثيرة حسب التّقسيمات المختلفة:

أمّا التّقسيم الأوّل، فهو من حيثُ طريق وفاء العوضين أو أحدهما، وبهذا الاعتبار ينقسم البيعُ إلى خمسة أقسام:

١- البيع الحالّ، وهو البيعُ الّذي لم يشترط فيه تأجيلُ أحدٍ من البدلين

٢- بيعُ الكالئ بالكالئ، وهو الّذي اشترط فيه تأجيل البدلين كليهما.

٣- البيع المؤجّل، وهو الّذي اشترط فيه تأجيلُ الثّمن، دون المبيع.

٤- السّلم، وهو الّذي اشترط فيه تأجيل المبيع، دون الثّمن.

ولنذكرْ أحكام كلّ واحد من هذه الأقسام، وبالله التّوفيق.

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الأول
فى
البيع الحالّ والمؤجل

٢٤٣- البيع الحالّ

أمّا البيع الحالّ، فحكمُه أنّه متى وقع البيع، استحقّ المشترى مطالبةَ تسليم المبيع، واستحقّ البائعُ مطالبةَ تسليم الثّمن فوراً. وإن أعطى أحدُهما الآخرَ مُهلةً لتسليم ما عليه، فإنّه تطوّعٌ، وليس حقّاً له. ولذلك إن أمهله إلى أجل غير معلوم، مثل ما يقول بعضُ التّجار لبعض أهل معرفته: "أدّ الثّمن متى شئتَ" فإنّه بيعٌ حالٌّ أمهل فيه البائعُ المشتريَ تطوّعاً. ولذلك يحقّ له أن يُطالبه بالثّمن متى شاء. ولو كان بيعاً مؤجّلاً، لفسد البيع، لجهالة الأجل، ولكنّه جائز على كونه حالاً.

فإن كان البيعُ حالاً، فمقتضى العقد أن يحقّ تسليمُ المبيع والثّمن في الحال. ولكن من يجب عليه التّسليم أوّلاً، فيه تفصيل:

فإن كان البيعُ الحالّ مُقايضةً، وهي مبادلةُ العروض بالعروض. أو صرْفاً، وهو مبادلةُ النّقود بالنّقود، فإنّه يجبُ على العاقدين التّسليمُ معاً، وليس أحدُهما أحقَّ من الآخر. وإنّ هذا الوضعَ من أنّ التّسليمَ يجب عليهما معاً، هو المقرَّرُ في القانون الإنكليزيّ بالنّسبة لجميع أنواع البيوع، سواءٌ أكانت مقايضةً، أو صرْفاً، أو بيع العروض بالنّقود،

www.besturdubooks.wordpress.com

كما هو مصرّحٌ في المادّة ٣٢ من قانون بيع المال (Sale of Goods Act 1930)

٢٤٤- حبس المبيع لاستيفاء الثمن

وأمّا في الفقه الإسلاميّ، فإنّ الوضعَ مختلفةٌ في بيع العروض بالنّقود، وفيه خلافٌ بين الفقهاء. فمذهبُ الحنفيّة والمالكيّة أنّه يجبُ على المشتري تسليمُ الثّمن أولاً، ولذلك يحقُّ للبائع أن يحبِس المبيعَ لاستيفاء الثّمن. وذلك لأنّ بمجرّد العقد انتقلت ملكيّةُ المبيعِ المتعيّن إلى المشتري. أمّا الثّمن، فهو دَينٌ في ذمّة المشتري، ولايتعيّن النّقدُ إلاّ بالقبض، فلا تتحقّق المساواةُ إلاّ بتسليمِ الثّمن، حتّى يتعيّنَ كونُه مملوكاً للبائع، كما تعيّن المبيعُ مملوكاً للمشتري.[١]

وقال الشّافعيّة والحنابلة: يُجبر البائعُ على تسليم المبيع أولاً، ثمّ يُجبر المشتري على تسليم الثّمن، لأنّ حقَّ المشتري تعلّق بعينِ المبيع، وحقُّ البائع تعلّق بالذّمّة. وتقديمُ ما تعلّق بالعين أولى لتأكّده.[٢] ولما ثبت أنّه يجب على البائع تسليمُ المبيع أولاً، فمن ضرورة ذلك أنّه لايحقّ له حَبسُ المبيع لاستيفاء الثّمن. ولكن استثنى منه الشّافعيّةُ أنّه إن خاف البائعُ فوتَ الثّمن، فإنّه يحقّ له أن يشترط في العقد أنّه يحبسَ المبيعَ

---

(١) جاء في الهداية: "ومن باع سلعة قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً، لأنّ حق المشتري تعين في المبيع، فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض، لما أنه لايتعيّن بالتعيين، تحقيقا للمساواة. ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن، قيل لهما: سلّما معاً، لاستوائهما في التعيين، فلاحاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع." (الهداية مع فتح القدير والكفاية ٥: ٤٩٦ قبيل خيار الشرط) ومثله في مبسوط السرخسي، باب قبض المشتري بإذن البائع ١٣: ١٩٢) وقال الحطّاب: "إن وقع العقد في شيئ من المثمنات بشيئ من الأثمان، ومنه مسئلة الكتاب، فقال ابن القاسم: يلزم المبتاع تسليم الثّمن أولاً." (مواهب الجليل ٤: ٣٠٥)

(٢) الشرح الكبير على المقنع لشمس الدين ابن قدامة، بهامش المغني للموفق ابن قدامة ٤: ١١٣ و ١١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

إلى استيفاء الثمن. قال الشربيني رحمه الله تعالى في مغني المحتاج:

"ولو شرط البائع بموافقة المشتري حبس المبيع بثمن في الذمّة حتّى يستوفي الزّمن[1] الحالّ لا المؤجل، وخاف فوت الثمن بعد التسليم، ولم يقل بالبداءة بالبائع صحّ، لأنّ حبسه من مقتضيات العقد، بخلاف ما إذا كان مؤجّلاً، أو حالاً ولم يخف فوته بعد التّسليم، لأنّ البداءة حينئذ بالتّسليم للبائع."[2]

ثمّ حقّ حبس المبيع عند من يقول به إنّما يثبت في البيع الحالّ دون المؤجّل، كما سيأتي، حتّى أنّ هذا الحقّ يبطل إذا أخّر البائع حقّه في استيفاء الثمن بعد العقد، لأنّه أخّر حقّ نفسه في قبض الثّمن، فلا يتأخّر حقّ المشتري في قبض المبيع. وكذا المشتري إذا نقد الثّمن كلّه، أو أبرأه البائع عن كلّه، بطل حقّ الحبس، لأنّ حقّ الحبس إنّما كان لاستيفاء الثّمن، وقد حصل.

ولو نقد المشتري الثّمن كلّه إلاّ درهماً، كان للبائع حقّ حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي، لأنّ المبيع في استحقاق الحبس بالثّمن لا يتجزّأ، فكان كلّ المبيع محبوساً بكلّ جزء من أجزاء الثّمن، وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة، وسمّى لكلّ واحد منهما ثمناً، فنقد المشتري حصّة أحدهما كان للبائع حبسهما حتّى يقبض حصّة الآخر، لما قلنا، ولأنّ قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصّفقة الواحدة في حقّ القبض، والمشتري لا يملك تفريق الصّفقة الواحدة في حقّ القبول، بأن يقبل

(١) كذا في المطبوع، والظّاهر أنّ الصّحيح "الثمن" دون "الزمن"

(٢) مغني المحتاج للشربيني، باب في البيوع، ٢: ٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الإيجابَ في أحدهما دون الآخر، فلا يملكُ التفريقَ في حقِّ القبض أيضاً، لأنَّ للقبض شبهاً بالعقد."[1]

٢٤٥- بيع الكالئ بالكالئ

أمّا بيع الكالئ بالكالئ، وهو الذي اشتُرط فيه تأجيلُ البدلين كليهما، فهو بيعٌ غيرُ جائزٍ عند جمهور الفقهاء. والأصلُ في حُرمته ما رُوِيَ عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما: "أنَّ النبيَّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ."[2] وقد فرغنا من الكلام على هذا النّوع من البيع تحت الشّرط الخامس من شروط المبيع، والحمد لله تعالى.

٢٤٦- البيع المؤجل

أمّا البيع المؤجل، وقد يسمّى البيع بالنّسيئة، فما اشتُرط فيه تأجيلُ الثّمن. وهو جائزٌ بالإجماع، وقد أخرج البخاريّ عن عائشة رضي الله عنها قالت:

"اشترى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم طعاماً من يهوديٍّ بنسيئة، ورَهَنَه

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٠٧

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢: ٦٥ برقم ٢٣٤٢ والدارقطني في سننه ٣: ٧١ برقم ٢٦٩ و ٢٧٠ والبيهقي في سننه الكبرى ٥: ٢٩٠ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، وعبدالرزاق في مصنفه ٨: ٩٠ برقم ١٤٤٤ وابن أبي شيبة في مصنفه ٦: ٥٩٨ برقم ٢١٦٩ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤: ٢١ والبزار في مسنده كما في كشف الأستار للهيثمي ٢: ٩١ وكذلك روي عن رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه في المعجم الكبير للطبراني ٤: ٣١٧ برقم ٤٣٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

درعاً له من حديد."[1]

٢٤٧ـ معلوميّة الأجل

ويجب لصحته أن يكون الأجلُ معلوماً. فإن كان الأجلُ فيه جهالة تُفضي إلى النّزاع، فسد البيع. والأصلُ فيه قول الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: "يا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ."(سورة البقرة:٢٨٢)

وقال الموفّق ابن قدامة رحمه الله تعالى: "لابدّ من كون الأجل معلوماً لقوله تعالى: "إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّى" وقول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "إلى أجلٍ معلوم""[2] ولانعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافاً. فأمّا كيفيّته، فإنّه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لايختلف."[3] وذكر المرغينانيّ رحمه الله تعالى في الهداية أنّ البيع إلى النّيروز والمهرجان، وصوم النّصارى، وفطر اليهود، إذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسدٌ لجهالة الأجل، وهي مُفضية إلى النّزاع في البيع، لابتنائها على المماكسة، إلاّ إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما.

أمّا ضربُ الأجل بقدوم الحاجّ، وكذلك إلى الحصاد، والدّياس، والقِطاف، والجزاز، (بمعنى أنّ الثّمن يجب حينما يحصد الزّرّاعُ زرعهم، أو حينما يقطف أصحاب البساتين ثمارهم) فإنّه لايجوز عند الحنفيّة، لما ذكر صاحبُ الهداية أنّها تتقدّم

(١) صحيح البخاري، كتاب السلم، حديث ٢٢٥١
(٢) إشارة إلى ما أخرجه البخاريّ وغيره عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعا: "من أسلف في شيئ ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم." (كتاب السلم، حديث ٢٢٤٠)
(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٣٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وتتأخر."[1] وهو قول الشافعيّ أيضاً. ورُوِيَ عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى أنّه قال: "أرجو أن لايكون به بأس." وبه قال مالك وأبوثور.[2] ورُوِيَ عن ابن عبّاس رضي الله تعالى عنهما أنّه لم يُجِزْ تأجيل الثّمن إلى خروج العطاء،[3] (يعني حينما يُعطى أصحاب الدّيوان رواتبهم) ورُوِيَ عن ابن عمر وبعضِ أمّهات المؤمنين رضي الله تعالى عنهم جواز ذلك.[4]

والظّاهرُ أنّ هذا الاختلاف مرجعُه إلى معلوميّة مواعيد الحصاد والجزاز والعطاء، فإن كان معلوماً في الجملة بحيثُ لايقع فيه نزاع، جاز التّأجيلُ إليها وإلاّ لم يجُز. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٤٨- البيع بالتّقسيط

وكما يجوز ضربُ الأجل لأداء الثّمن دفعةً واحدة، كذلك يجوز أن يكون أداءُ الثّمن بأقساط، بشرط أن تكون آجالُ الأقساط ومبالغُها معيّنةً عند العقد. وقد يُسمّى "البيعَ بالتّقسيط"، وهو نوعٌ من البيع المؤجّل، والأقساط قد تُسمّى "نجوماً".

٢٤٩- التأجيل حقٌّ للمشترى فى البيع المؤجل

ومن أحكام البيع المؤجّل والمقسّط أنّ التّأجيلَ حقٌّ للمشترى، فلا يحِقُّ للبائع أن يُطالبَ بالثّمن قبل حلول الأجل، ولايحقُّ له أن يحبسَ المبيعَ من أجل استيفاء

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٨٦

(٢) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٢٩

(٣) مصنف ابن أبي شيبة، برقم ٢٠٦١٩

(٤) مصنف ابن أبي شيبة، باب من رخّص فى الشراء إلى العطاء، برقم ٢٠٦٢٧ و ٢٠٦٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّمن، كما يجوز في البيع الحال.[١]

نعم! يجوز أن يقبضه المشتري أوّلاً، ثمّ يرهنه لدى البائع توثيقاً للدّين.[٢]

والفرقُ بين الرّهن والحبس لاستيفاء الثّمن أنّ المبيعَ المحبوسَ عند البائع مضمونٌ عليه بالثّمن لا بالقيمة، فلو هلك المبيعُ، وهو محبوسٌ عنده، ينفسخ البيع، ولايكونُ مضموناً عليه بقيمته السّوقيّة. أمّا في الرّهن، لو هلك عند البائع المرتهن بغير تعدّ منه، لاينفسخُ البيع، بل يضمنه المرتهن بالأقلّ من قيمته ومن الدّين عند الحنفيّة.[٣]

ولو كان الثّمنُ مؤجّلاً في العقد، فلم يقبض المشتري المبيعَ حتّى حلّ الأجلُ، فله أن يقبضه قبل نقدِ الثّمن، وليس للبائع حقُّ الحبس عند الحنفيّة؛ لأنّه أسقط حقّ نفسه بالتّأجيل، والسّاقطُ مُتلاشٍ، فلا يحتمل العَود. وكذلك لو طرأ الأجلُ على العقد، بأن أخّر الثّمنَ بعد العقد فلم يقبض البائعُ حتّى حلّ الأجل، فللمشتري أن يقبضَ المبيعَ قبل نقد الثّمن، ولا يملك البائعُ حبسَه لما قلنا.

وعند المالكيّة فيه قولان. قال الخرشيّ: "وهل ما حلّ بعد تأجيله كالحال؛ فيه خلاف."[٤]

ثمّ الأجلُ المضروبُ في البيع هل يبتدئ من وقت العقد أو من وقت قبض المشتري المبيع؟ فيه تفصيلٌ. وهو أنّ الأجلَ إن كان تاريخاً معيّناً، مثل بداية رمضان، فإنّ

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية: "للبائع حقُّ حبس المبيع لاستيفاء الثّمن إذا كان حالاً. كذا في المحيط. وإن كان مؤجّلاً، فليس للبائع أن يحبس المبيعَ قبل حلول الأجل ولابعده. كذا في المبسوط."

(٢) الكفاية شرح الهداية مع فتح القدير ٩: ٩٩ ورد المحتار مع الدر المختار، كتاب الرهن، ٦: ٤٩٧

(٣) بدائع الصنائع ٦: ١٦٠

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي، فصل بيع الخيار ٥: ١٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الثمنَ يصير حالاً عند حلول الأجل، سواءٌ أكان المشتري قبض المبيع قبله أم لم يقبضه. أمّا إذا كان الأجلُ المضروبُ بزمان، مثل شهر أو سنة، بدون ذكر التّاريخ، فإنّ الأجلَ يبتدئ عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى منذ قبض المشتري على المبيع، وعندصاحبيه يبتدئ منذ يوم العقد.(١)

وكونُ الأجل حقّاً للمشتري في البيع المؤجّل والمقسّط مشروطٌ بأن يلتزم بوفاء الأقساطِ في مواعيدها، فيجوز الاشتراطُ في عقد البيع بالتّقسيط أنّ المشتريَ إن لم يوفِ قسطاً في موعده، فإنّ الأقساطَ كلّها تصير حالّةً واجبةَ الأداء فوراً. قد صرّح به فقهاءُ الحنفية. فجاء في خلاصة الفتاوى:

"ولو قال: كلّما دخل نجمٌ ولم تؤدّ، فالمال حالٌّ؛ صحّ، ويصير المالُ حالاً."(٢)

ولم أجد هذا الحكم في غير المذهب الحنفيّ. ولكن صدر بذلك قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ في موضوع البيع بالتّقسيط، ونصُّه:

"يجوز شرعاً أن يشترط البائعُ بالأجل حلولَ الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدينُ قد رضيَ بهذا الشّرط عند التّعاقد."(٣)

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٠٦ و ٥٠٧

(٢) خلاصة الفتاوى، كتاب البيوع ٣: ٥٤ طبع كويته ومثله في الفوائد الخيرية على جامع الفصولين ٢: ٤ طبع الأزهرية مصر ١٣٠٠

(٣) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ في دورته السّادسة بجدة، قرار رقم ٥١ (٦/٢) بند: خامساً.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٥٠- زيادة الثمن من أجل التأجيل

هل يجوز أن يكونَ الثمن المؤجّل زائداً على الثمن الحالّ؟ قد حكى الشوكانيّ رحمه الله تعالى عن زين العابدين عليّ بن الحسين، والنّاصر، والمنصور بالله، والهادويّة أنّه لايجوز، لكون الزّيادة مقابلاً للأجل، وهو الرّبا، أو فيه مشابهةُ الرّبا.[١] أمّا الأئمةُ الأربعة وجمهورُ الفقهاء والمحدثين، فقد أجازوا البيع المؤجّل بأكثرَ من سعر النّقد، بشرط أن يبُتّ العاقدان على أنّه بيع مؤجّلٌ بأجل معلوم. فأمّا إذا قال البائع: أبيعُك نقداً بكذا، ونسيئةً بكذا، وافترقا على ذلك، دونَ أن يتفقا على تحديد واحدٍ من الشّقّين، فإنّه لايجوز. قال الإمام الترمذيّ رحمه الله تعالى:

"وقد فسّر بعضُ أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثّوب بنقدٍ بعشرة، وبنسيئة بعشرين، ولايفارقه على أحد البيعتين، فإن فارقه على أحدهما فلابأس، إذا كانت العقدةُ على أحدٍ منهما."[٢]

وأخرج ابنُ أبي شيبة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال:

"لابأسَ أن يقول للسّلعة: هي بنقدٍ بكذا، وبنسيئة بكذا، ولكن لايفترقان إلاّ عن رضاً."

وأخرج مثله عن طاوس، وعطاء وحمّاد، وإبراهيم.[٣] كما أخرج عبدالرزاق مثله

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥: ١٢٩

(٢) جامع الترمذي، كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٢٣١

(٣) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، برقم ٤٩٤ و٤٩٩ و٥٠٠ و٥٠٤

www.besturdubooks.wordpress.com

عن سعيدبن المسيّب، وطاوس، والزّهريّ، وقتادة.[1] وقد اتّفقت المذاهبُ الأربعة على ذلك.[2]

وقد استدلّ بعضُهم على عدم جواز هذه الزّيادة بما أخرجه أبوداود عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، قال: قال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم:

"من باعَ بيعتين في بيعة، فله أوكسُهما أو الرّبا."[3]

وهذاالحديثُ ليس فيه حجة. أمّا أوّلاً، فلأنّ المنذريّ رحمه الله تعالى تكلّم على إسناده، فقال: "في إسناده محمّدبن عمروبن علقمة، وقد تكلّم فيه غيرُ واحد. والمشهور عن محمّدبن عمرو من رواية الدّراورديّ ومحمّد بن عبدالله الأنصاريّ أنّه صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين في بيعة."[4] وقال شيخُنا التّهانويّ رحمه الله تعالى: "وفي إسناده محمدبن عمرو بن علقمة، وقد تكلّم فيه غيرُ واحد، وقدتفرّد به. وهو أيضاً مخالفٌ لما هو المشهور عنه أنّه (صلّى الله عليه وسلّم) نهى عن بَيعتين في بيعة، فإنّه يدلّ على فساد البيع، بخلاف مارواه عنه أبوداود، فإنّه يدلّ على جوازه بأوكس الثّمنين، فلا يُحتجّ بما تفرّد به، بل المقبولُ من حديثه ما وافقه عليه غيره."

وقال الخطّابيّ رحمه الله تعالى في شرح هذاالحديث:

"لاأعلم أحداً من الفقهاء قال بظاهر هذاالحديث، أو صحّح البيعَ بأوكسِ

---

(١) مصنف عبدالرزاق، برقم ١٤٦٢٦ و١٤٦٢٧ و ١٤٦٣٠

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٠ والمبسوط للسرخسي ١٣: ٨ والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٥٨ والمدونة الكبرى، كتاب البيوع الفاسدة، ٣: ١٩٠ ومغني المحتاج للشربيني ٢: ٣١

(٣) سنن أبي داود، مع بذل المجهود ١٥: ١٣٤ كتاب الإجارة، باب فيمن باع بيعتين في بيعة

(٤) تلخيص سنن أبي داود للمنذري ٥: ٩٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّمنين، إلاّ شيئ يُحكى عن الأوزاعيّ. وهو مذهبٌ فاسد. وذلك لما تتضمّنه هذه العُقدة من الغرر والجهل، وإنّما المشهور من طريق محمّدبن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه نهى عن بيعتين في بيعة..فأمّا رواية يحيى بن زكريّا عن محمّدبن عمرو على الوجه الّذي ذكره أبوداود. فيشبه أن يكون ذلك في حكومة في شيئ بعينه. كأنّه أسلفه ديناراً في قفيزين[1] إلى شهر، فلمّا حلّ الأجلُ وطالبه بالبرّ، قال له: بعني القفيزَ الّذي لك عليّ بقفيزين إلى شهر، فهذا بيعٌ ثانٍ. قددخل على البيع الأوّل، فصار بيعتين في بيعة. فيُردّان إلى أوكسهما، وهو الأصل. فإن تبايعا المبيع الثّاني قبل أن يتقابضا الأوّل، كانا مُربيين."[2]

وفسّره شيخ مشايخنا الكنكوهيّ رحمه الله تعالى بطريق آخر، فقال:

"ظاهرُه مخالفٌ للمذاهب كلّها إلاّ أن يُقال في معناه: إنّ من باع شيئاً على أنّه بخمسة إن كان ناجزاً، أو بعشرة إن كان نسيئةً، ثمّ افترقا من غير أن يتعيّن أحدُهما. فهذا البيع فاسدٌ لكونهما افترقا قبل تعيّن الثّمن، ولأنّه صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين في بيعة، وكان الحكمُ فيه الفسخ، إلاّ أنّ المشتريَ استهلك المبيعَ أو أكله. فلا يجبُ فيه إلاّ المثلُ أوالقيمة، وهو أوكسُ عادةً من الثّمن المتعيّن بينهما في البيعتين معاً، فصار المعنى أنّ من باع بيعتين كذلك، ثمّ لم يبق المبيعُ حتّى يُفسخ البيع، فله أن يأخذ القيمة أو المثل، ولايأخذ الثّمن، لأنّه لو أخذ الثّمن كان إبقاءً للبيع، وهو مأمورٌ

---

(١) كذا في المطبوع، ولعلّ الصّحيح "قفيز" كما يتضح من العبارة الآتية.

(٢) معالم السنن للخطابي ٥: ٩٧ و٩٨

www.besturdubooks.wordpress.com

بفسخه. وأمّا إذا أخذ الثّمنَ ولم يفسُخ البيع، فقد أربى لكونه عقد عقداً فاسداً، والعقودُ الفاسدةُ كلُّها داخلةٌ في حُكم الرِّبا."[1]

فتبيّن بهذا أنّ هذا الحديثَ ليس فيه ما يمنع زيادةَ الثّمن في البيع المؤجّل، مادام ذلك متعيّناً في العقد من غير ترديد. والظّاهرُ أنّ البائعَ لوذكر أثماناً مختلفةً لآجال مختلفة، ثمّ جزما على واحدٍ من الآجال، فإنّه جائزٌ أيضاً. وحاصلُه أنّ ذلك يجوزُ عند المساومة فقط. وأمّا عقدُ البيع، فلايصحّ إلاّ بجزم الفريقين على أجلٍ معلوم وثمنٍ معلوم. فإن لم يجزم العاقدان على ما وقع عليه البيع، لم يجز. وبهذا يُعلم حكمُ ما قد يقع في السُّوق من أنّ البائع يقول: "إن أدّيت الثّمن بعد شهر، فالبضاعةُ بعشرة، وإن أدّيتَه بعد شهرين، فهو بإثني عشر" ويفترقان على ذلك، زعماً من المشتري أنّه سوف يختارُ منها ما يُلائمه في المستقبل، فإنّ هذا البيع فاسدٌ بالإجماع.

وإنّ زيادةَ الثّمن من أجل الأجل، وإن كان جائزاً عند بداية العقد، ولكن لاتجوز الزّيادةُ عند التّخلّف في الأداء، فإنّه رباً في معنى "أتقضي أم تُربي؟"، وذلك لأنّ الأجل، وإن كان منظوراً عند تعيين الثّمن في بداية العقد، ولكن لمّا تعيّن الثّمن، فإنّ كلّه مقابلٌ للمبيع، وليس مقابلاً للأجل، ولذلك لايجوز "ضع وتعجّل"، كما سيأتي تفصيلُه إن شاء الله تعالى. أمّا إذا زيد في الثّمن عند التّخلّف في الأداء، فهو مقابلٌ للأجل مباشرةً لاغير، وهو الرِّبا.

٢٥١– مسئلة" ضع وتعجّل"

وممّا يتعامل به بعضُ التجّار في الدّيون المؤجّلة أنّهم يُسقطون حصّةً من الدَّين

---

(١) بذل المجهود ١٥: ١٣٤إلى ١٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

بشرط أن يُعجّل المديونُ باقيه قبل حُلول الأجل، مثل أن يكون لزيدٍ على عمرو ألفٌ، فيقول زيد: "عجّل لي تسعمائة، وأنا أضع عنك مائة." وإنّ هذه المعاملة معروفةٌ في الفقه باسم "ضَعْ وتعجّل" وهذا التعجيلُ إن كان مشروطاً بالوضع من الدّين، فإنّ المذاهبَ الأربعة متّفقةٌ على عدم جوازه.[1] قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"إذا كان عليه دَينٌ مؤجّل، فقال لغريمه: "ضَعْ عنّي بعضَه، وأُعجّل لك بقيّتَه، لم يجُز. كرهه زيدبن ثابت، وابنُ عمر، والمقداد، وسعيدبن المسيّب، وسالم، والحسن، وحمّاد، والحكم، والشّافعيّ، ومالك، والثوريّ، وهشيم، وابنُ عُليّة، وإسحق، وأبو حنيفة. وقال مقداد لرجلين فعلا ذلك: كلاكما آذن بحرب من الله ورسوله. ورُوِيَ عن ابن عبّاس أنّه لم يرَ به بأساً. ورُوِيَ ذلك عن النّخعيّ وأبي ثور، لأنّه آخذٌ بعضَ حقّه، تاركٌ لبعضه، فجاز كما لو كان الدّين حالاً... ولنا أنّه بيعُ الحُلول فلم يجُز. كما لو زاده الّذي له الدّين فقال له: أعطيك عشرة دراهم، وتُعجّل لي المائة الّتي عليك."[2]

هذا إذا كان البيعُ مؤجّلاً. أمّا إذا كان البيعُ حالاً، فلابأس بالصُّلح على بعض الدّين مقابلَ التّعجيل. ودليلُه ما أخرجه البخاريّ وغيرُه عن كعب رضي الله تعالى عنه أنّه تقاضى ابنَ أبي حدردٍ ديناً كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتُهما حتّى سمعهما رسولُ الله

---

(١) موطأ الإمام مالك، بيوع، ماجاء في الربا في الدّين ص٦٠٦ طبع كراتشي والموطأ للإمام محمد، ص٢٤٧ باب الرجل يبيع المتاع أو غيره نسيئة، ثمّ يقول: أنقدني وأنا أضع عنك. والهداية مع فتح القدير، كتاب الصلح، باب الصلح في الدّين ٧: ٣٩٦

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤: ١٧٤ و ١٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

صلّى الله عليه وسلّم وهو في بيته، فخرج إليهما حتّى كشف سِجْفَ حُجرته، فنادى: ياكعب! قال: لبّيك يارسول الله! فقال: ضَعْ من دَينك هذا، وأومأ إليه، أي الشّطر، فقال: لقد فعلتُ يارسول الله! قال: قُمْ فاقْضِه."(١)

وجاء في الهداية: "ومَن له على آخر ألفُ درهم، فقال: أدِّ إليّ غداً منها خمسمائة، على أنّك بريئ من الفضل، فهو بريئ."(٢) وجاء في المدوّنة: "قلتُ: أرأيتَ لو أنّ لي على رجلٍ مائةَ دينار ومائةَ درهم حالّة. فصالحتُه من ذلك على مائة دينار ودرهم (نقدا)، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم."(٣)

٢٥٢- بيع العِينة

ومن البيوع المؤجّلة ما يُسمّى "عِينة" وهي على اختلاف اصطلاح الفقهاء على قسمين:

الأوّل: ما عرّفه النّوويّ رحمه الله تعالى بقوله: "وهو أن يبيعَ غيرَه شيئاً بثمن مؤجّل، ويُسلّمه إليه، ثمّ يشتريه قبل قبض الثّمن بأقلّ من ذلك الثّمن نقداً."(٤) فإن كان البيعُ الثّاني مشروطاً في البيع الأوّل، فهو بيعٌ فاسد بالإجماع. أمّا إذا كان البيعُ الثّاني غيرَ مشروطٍ في البيع الأوّل، فهو جائزٌ عند الشّافعيّة. وقد أيّد الإمامُ الشّافعيّ رحمه الله

(١) صحيح البخاري، كتاب الصلوة، حديث ٤٥٧

(٢) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصلح، باب الصلح في الدّين، ٧: ٣٩٧

(٣) المدوّنة الكبرى ٣: ٣٩٥ آخر كتاب الصلح

(٤) روضة الطالبين للنوويّ ٣: ٤١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

تعالى جوازه بقوة، وأطال في التدليل عليه في كتابه "الأم".[1]

أما المالكية والحنفية والحنابلة، فهم متفقون على عدم جوازه، وإن لم يسمه بعضهم "عينة". فقال ابن رشد رحمه الله تعالى: "فإذا باع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم ابتاعها منه بأقل من ذلك الثمن نقداً، فُسخت البيعتان جميعاً عند ابن الماجشون، وهو الصحيح في النظر."[2] وقال الخرقي من الحنابلة: "من باع سلعة بنسيئة، لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها، إلا أن تكون قد تغيرت صفتها. وإن اشتراها أبوه أو ابنه، جاز."[3] والحنفية عمموا عدم الجواز ولو كان البيع الأول حالاً، ولم يُنقد الثمن في المجلس. فقد جاء في الهداية: "من اشترى جارية بألف درهم حالّة أو نسيئة، فقبضها، ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول، لايجوز البيع الثاني."[4]

وقد استدل المانعون بحديث عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، قال:

> "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لاينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم."

أخرجه أبوداود في سننه، وقال المنذري في تلخيصه: "في إسناده إسحق بن أسيد أبوعبدالرحمن الخراساني نزيل مصر لايحتج بحديثه، وفيه أيضاً عطاء الخراساني وفيه

---

(١) كتاب الأم للشافعي، باب بيع الآجال ٤: ١٦٠

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢: ٥٣

(٣) الشرح الكبير على المقنع لشمس الدين بن قدامة ٤: ٤٥

(٤) الهداية مع فتح القدير ٦: ٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

مقال."[1] وبنفس الطريق أخرجه البزار في مسنده.[2] وأخرجه أحمد في مسنده من طريق يحيى بن عبدالملك ابن أبي غنيّة، عن أبي جناب، عن شهربن حوشب.[3] وفي إسناده أبو جناب الكلبيّ، وهو ضعيف، كما أنّ في شهربن حوشب مقال معروف. وحسّن ابنُ القيّم إسناد الحديث لتعدّد طرقه.[4]

ومعظم المانعين استدلوا بحديث أبي إسحق السّبيعيّ قال:

"دخلَتْ امرأتي على عائشة وأمّ ولدٍ لزيد بن أرقم، فقالت لها أمّ ولد زيد: إنّي بعتُ من زيدٍ عبداً بثمانمائة نسيئةً واشتريتُه منه بستّمائة نقداً، فقالت عائشةُ رضي الله عنها: أبلغي زيداً أن قد أبطلتَ جهادك مع رسول الله – صلّى الله عليه وسلّم – إلّا أن تتوب، بئسما شريتَ وبئسما اشتريتَ."[5]

وأعلّه الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى بجهالة امرأة أبي إسحق. وقال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى: "هذا الحديث حسن، ويُحتجّ بمثله، لأنّه قد رواه عن العالية (امرأة أبي إسحق) ثقتان ثبتان: أبوإسحق زوجُها ويونس ابنُها."[6] وقال ابن عبدالهادي في التّنقيح: "هذا إسنادٌ جيّد، وإن كان الشّافعيّ قال: لايثبت مثله عن عائشة، وقولُ الدّارقطنيّ في العالية: "هي مجهولةٌ لايُحتجّ بها" فيه نظر، فقد خالفه غيرُ واحد."

---

(١) تلخيص أبي داود للمنذريّ، باب النّهي عن العينة ٥: ٩٩ إلى ١٠٣ برقم ٣٣١٧

(٢) مسند البزار برقم ٥٨٨٧

(٣) مسند أحمد ٩: ٥١ برقم ٥٠٠٧

(٤) تهذيب السنن لابن القيّم ٥: ١٠٤

(٥) السنن الكبرى للبيهقي وفي ذيله الجوهر النقي ٥: ٣٣٠ وقال البيهقيّ: "كذا جاء به شعبة عن طريق الإرسال.

(٦) تهذيب السنن ٥: ١٠٠

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال ابنُ الجوزيِّ رحمه الله تعالى: "قالوا: إنّ العاليةَ امرأةٌ مجهولةٌ لا يُحتجُ بنقلِ خبرها. قلنا: هي امرأةٌ جليلةُ القدر، ذكرها ابنُ سعد في الطّبقات. فقال: العاليةُ بنتُ أنفع بن شراحيل، امرأة أبي إسحق السّبيعي، سمعت عائشة."[1]

وقد رُوي منعُ العينة عن غير عائشة من الصّحابة. فقد روى غير واحد عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: "أنّه سُئل عن رجل باع من رجل حريرةً بمائة، ثمّ اشتراها بخمسين، فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينها حريرة."[2]

ولكنّ منعَ العينة إنّما يتّجه إذا بقي المبيعُ في البيع الأوّل على حاله عند البيع الثّاني. فإن تغيّر المبيعُ بما أثّر على قيمته، جاز البيعُ الثّاني، ولو كان إلى البائع الأوّل. قال شمسُ الدّين بن قدامة: "وهذا إن كانت السّلعة لم تنقُص عن حالة البيع، فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو... تخرّق الثوب ونحوه، جاز له شراؤها بما شاء؛ لأنّ نقص الثّمن لنقص المبيع، لا للتّوسّل إلى الرّبا."[3]

هذا إذا حصل نقص الثّمن لتغيّر في صفة المبيع. أمّا إذا انتقص سعرُه لظروف السّوق دون أن يقع نقصٌ في صفته، فلا ينبغي شراؤه بأقلّ. جاء في المحيط البرهاني: "ولو رخُص سعر السّلعة من غير أن حدث بها عيب، فلا ينبغي أن يشتريها بأقلّ ممّا باع، لأنّ تغيّر السّعر معتبرٌ في حقّ الأحكام إذا بقي العينُ على حاله، كما في حقّ

---

(١) ذكر القولين (أي قول ابن عبدالهادي وابن الجوزي) ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير، باب بيع الفاسد ٦: ٧٠

(٢) تهذيب السنن لابن القيم ٥: ١٠٢، والجوهر النقي للماردينى مع سنن البيهقي ٥: ٣٣١

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤: ٤٥ ومثله في الفروق للقرافي ٣: ٢٦٨ الفرق بين قاعدة ما يُسدّ من الذرائع الخ

www.besturdubooks.wordpress.com

الغاصب، وأشباه ذلك، فيجعل وجوده كعدمه."[1]

وكذلك يجوز البيع الثاني باتفاق الفقهاء إن كان بمثل الثمن الأول أو بأكثر منه، لانتفاء كونه وسيلةً إلى الربا، وإنما الممنوع البيع بأقل، أو بمثل قيمته بزيادة الأجل. قال في المحيط البرهاني: "ولو باعه بألف نسيئة سنة، ثم اشتراه بألف درهم نسيئة سنتين، لايجوز... لأن الزيادة في الأجل تكون نقصاناً في المالية."[2]

ثم إن كان المشتري الثاني والد البائع الأول، أو ابنه، أو زوجته، فهو داخل في العينة عند الحنابلة[3] وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز لتباين الأملاك، وكان كما لو اشتراه آخر.[4] والذي يظهر أن قول المالكية مثلُ قول الصاحبين، لأنهم حيثُ ذكروا أن في حكم البائع الأول من تُنزَّل منزلته، فسروه بوكيل البائع أو عبده المأذون، ولم يدخلوا فيه الابن أو الأب.[5]

وقال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى: "ولواشترى وكيلُ البائع بأقلَّ من الثمن الأول جاز عنده (يعني عند أبي حنيفة)، خلافاً لهما، لأنَّ تصرفَ الوكيل عنده يقع لنفسه، فلذا يجوز للمسلم أن يوكِّل ذمّياً بشراء خمرٍ وبيعها عنده، ولكن ينتقل الملكُ إلى الموكِّل

(١) المحيط البرهاني ٩: ٣٨٣ كتاب البيوع، فصل ٦

(٢) المحيط البرهاني ٩: ٣٨٥

(٣) الشرح الكبير على المقنع لشمس الدين بن قدامة ٤: ٤٥

(٤) فتح القدير، باب البيع الفاسد ٦: ٦٨

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٧٧ والفروق للقرافي ٣: ٢٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

حكماً، فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع. وعندهما عقدُ الوكيلِ كعقدِه."[١]

وقولُ المالكيّةِ مثلُ قولِ الصّاحبين.[٢]

وإن باع المشتري الأوّلُ السّلعةَ إلى ثالث، ثمّ باعه ذلك الثّالثُ إلى الأوّل، فقد يُسمّى "العينة الثّلاثيّة". وهو موضعُ خلافٍ بين الفقهاء. فمذهب الحنفيّة أنّ ذلك جائز. قال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى: "ولو باعه المشتري من رجل، أو وهبه، ثمّ اشتراه البائعُ من ذلك الرّجل، يجوز لاختلاف الأسباب بلاشبهة، وبه تختلف المسبّبات."[٣]

والظّاهرُ من قول الإمام مالك رحمه الله تعالى أنّ ذلك لايجوز. قال ابن رشد رحمه الله تعالى: "وسُئل مالكٌ عن رجلٍ ممّن يُعيّن ببيع السّلعة من الرّجل بثمنٍ إلى أجل، فإذا قبضها منه ابتاعها منه رجلٌ حاضرٌ كان قاعداً معهما، فباعها منه؛ ثمّ إنّ الّذي باعها الأوّلَ اشتراها منه بعدُ، وذلك في موضعٍ واحدٍ، قال: لا خيرَ في هذا، ورآه كأنه محلّلٌ فيما بينهما."[٤]

والظّاهر من عبارته أنّه فيما إذا كان بمواطأة، إذ قيّد الثالث برجل حاضر قاعد معه.

---

(١) فتح القدير ٦: ٦٨ ومثله في المحيط البرهاني (٩: ٣٨٣) وزاد: "فإن عاد المشترَى إلى المشتري الأوّل، إن عاد بسبب هو فسخ في حقّ النّاس كافّةً، كخيار الرؤية أو خيار الشّرط قبل القبض أو بعده بقضاء أو غير قضاء، أو بخيار عيب قبل القبض بقضاء أو غير قضاء، لايجوز للبائع الأوّل أن يشتريه بأقلّ ممّا باع. وإن عاد إليه بسبب هو فسخٌ في حقّهما، بيعٌ جديدٌ في حقّ الثّالث، كان للبائع أن يشتريه بأقلّ ممّا باع."

(٢) حاشية الدّسوقيّ على الشّرح الكبير ٣: ٧٧ والفروق للقرافيّ ٣: ٢٦٨

(٣) فتح القدير ٦: ٦٨

(٤) البيان والتحصيل لابن رشد ٧: ٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

فلو لم يكن ذلك بمواطأة، فإنه يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٥٣- العينة بمعنى التورّق

القسم الثاني من العينة ما يسمّيه الحنابلة التّورق، وذكره الحنفيّة باصطلاح العينة، وهو أن يشتري لمرأ سلعةً نسيئةً بزيادة في ثمن المثل، ثمّ يبيعُها نقداً إلى غير البائع بأقلّ ممّا اشتراه به، ليحصل بذلك على النّقد. وفي حكمه روايتان عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى،[١] ولكنّ المذهب المختار عند الحنابلة جوازه. قال المرداويّ رحمه الله تعالى: "لو احتاج إلى نقد، فاشتري ما يُسوى مائةً بمائة وخمسين فلا بأس. نصّ عليه وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وهي مسئلة التّورّق."[٢]

أمّا الشّافعيّة، فيجوّزون العينة، فجوازُ التّورّق عندهم أولى. وذكر الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى جوازه كأنّه متّفق عليه بينه وبين مانعي العينة، وألزمهم به.[٣]

وكذلك الظّاهرُ أنّ التّورّق جائزٌ عند المالكيّة. فإنّ الدّسوقيّ رحمه الله تعالى ذكر أنّ شروط بيوع الآجال المتطرّق إليها التُّهمة خمسة، وذكر منها: "أن يكون البائعُ ثانياً هو المشتري أوّلا، أو من تنزّل منزلته، والبائعُ أوّلاً هو المشتري ثانياً، أو من تنزّل منزلته."[٤] وقال القرافيّ رحمه الله تعالى: "إنّا إنّما نمنع أن يكون العقدُ الثّاني من

---

(١) الفروع لابن مفلح ٤: ١٧١

(٢) الإنصاف للمرداوي ٤: ٣٣٧ ومثله في كشاف القناع ٣: ١٧٥ وشرح منتهى الإرادات ٢: ١٥٨

(٣) قال رحمه الله تعالى: "قيل: أفحرامٌ عليه أن يبيع ماله بنقد، وإن كان اشتراه إلى أجل؟ فإن قال: لا إذا باعه من غيره، قيل: فمن حرّمه منه؟" (كتاب الأم ٤: ١٦٠)

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٧٧

www.besturdubooks.wordpress.com

البائع الأول."(١)

أمّا الحنفيّة، فقد ذكروا التّورّق باسم العينة. ثمّ منهم من ذهب إلى كراهته، مثلُ الإمام محمّد رحمه الله تعالى، فإنّه رُوِيَ عنه أنّه قال: "هذا البيعُ في قلبي كأمثال الجبال، ذميمٌ اخترعه أَكَلَةُ الرِّبا." ومنهم من ذهب إلى جوازه، مثلُ الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى، ورُوِيَ عنه أنّه قال: "العينةُ جائزةٌ مأجورٌ من عَمِل بها."(٢)

وإنّ ابنَ الهمام وفّق بين قولَيِ الكراهة والجواز، فحمل الجوازَ على الصّورة الأولى، وهي التورّق، وحمل الكراهةَ على الصّورة الثّانية، وهي العينةُ عند جمهور الفقهاء. فقال رحمه الله:

"ثمّ الّذي يقع في قلبي أنّ ما يُخرجه الدّافع إن فُعِلت صورةٌ يعود فيها إليه هو أو بعضُه، كعَود الثّوب أو الحرير...فمكروه، وإلاّ فلا كراهةَ إلاّ خلافَ الأولى على بعض الاحتمالات، كأن يحتاج المديون، فيأبى المسئولُ أن يُقرِض، بل أن يبيعَ ما يساوي عشرةً بخمسة عشر إلى أجل، فيشتريه المديون، ويبيعُه في السّوق بعشرة حالّة.

ولا بأس في هذا، فإنّ الأجلَ قابله قسطٌ من الثّمن، والقرضُ غيرُ واجب عليه دائماً، بل هو مندوبٌ، فإن تركه بمجرّد رغبة عنه إلى زيادة الدّنيا فمكروه، أو لعارضٍ يُعذَر به فلا، وإنما يُعرفُ ذلك في خصوصيات الموادّ. وما لم ترجع إليه العينُ الّتي خرجت منه لا يُسمّى بيعَ العينة؛ لأنّه من العَين

(١) الفروق للقرافي ٣: ٢٦٨

(٢) ردّ المحتار، باب الصّرف ١٥: ٥٦٨

المسترجعة، لا العين مطلقاً[1]. وإلّا فكلّ بيع بيعُ العينة."[2]

وما ذكره ابن الهُمام رحمه الله وجيهٌ جداً، ولذلك اختاره كثيرٌ من الحنفيّة وأفتوا به. قال ابنُ عابدين بعد ذكر رأي بن الهمام رحمه الله:

"وأقرّه في البحر والنّهر والشُّرنبلاليّة، وهو ظاهرٌ، وجعله السّيّد أبو السعود محمِلَ قول أبي يوسف، وحمل قولَ محمّد والحديثَ على صورة العَوْد."[3]

ولكنّ جواز التورّق مشروطٌ بأن لاتكون هناك ملابساتٌ أخرى تُفسد البيع، مثل أن يشترط المشتري على البائع الأوّل أن يبيع السّلعة في السّوق نيابةً عنه، فإنّ هذا الشّرط يُفسد البيع. أمّا إذا كان البيعُ خالياً من هذا الشّرط، ثمّ وكّل المشتري البائعَ نفسه بأن يبيعه في السّوق، فالظّاهر أنّه لامحظور فيه، ولكنّ الاجتناب عنه أولى، لأنّ آخذ النّقود الأقلّ بالبيع الأوّل هوالّذي يدفع الأكثر بعد البيع الثّاني. وصورتُه تُشابه دراهمَ بدراهم، وإن كان من جهتين مختلفتين، وخاصّةً، إذا كان التّورّق عن طريق بورصات السّلع.[4] وقد صدر بذلك قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ. وهذا

---

(١) هذا مبنيّ على أن الحنفيّة عرّفوا العينة ببيع العين بالربح نسيئةً كما في "الدرّ المختار". فيقول بن الهمام رحمه الله: إن العينة المذمومة لا تتحقّق ببيع العين بالربح مطلقاً، وإنّما تتحقّق إذا عادت العين إلى البائع، حتّى يثبت أنّ البائع إنّما اتخذ العين حيلةً مصطنعة، وإلّا فالمقصود الزيادة مع بقاء العين عنده.

(٢) فتح القدير ٦: ٣٢٤

(٣) رد المحتار، كتاب الكفالة ١٦: ١٦٣ فقره ٢٥٦٩٢

(٤) وقد فصّلت الكلام على التّورّق في رسالتي: "أحكام التورّق وتطبيقاته المصرفيّة" راجع بحوث في قضايا فقهيّة معاصرة للمؤلف ٢: ٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

نصه:

"(١) التورّق في اصطلاح الفقهاء: هو شراء شخص (المستورق) سلعةً بثمنٍ مؤجّلٍ من أجل أن يبيعها نقداً بثمنٍ أقلّ غالباً إلى غير من اشتُريت منه بقصد الحصول على النقد. وهذا التورّق جائزٌ شرعاً، شرط أن يكون مستوفياً لشروط البيع المقرّرة شرعاً.

(٢) التورّق المنظّم في الاصطلاح المعاصر: هو شراء المستورق سلعةً من الأسواق المحلّية أو الدولية، أو ما شابهها بثمنٍ مؤجّلٍ يتولى البائعُ (المموّل) ترتيب بيعها، إمّا بنفسه أو بتوكيل غيره، أو بتواطؤ المستورق مع البائع على ذلك، وذلك بثمنٍ حالٍّ أقلّ غالباً.

(٣) التورّق العكسي: هو صورة التورّق المنظّم نفسُها مع كون المستورق هو المؤسّسةَ والمموّلُ هو العميل.

(٤) لا يجوز التورّقان (المنظّم والعكسي) وذلك لأنّ فيهما تواطؤاً بين المموّل والمستورق، صراحةً أو ضمناً أو عرفاً، تحايلاً لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الذمّة، وهو ربا."(١)

٢٥٤ – قلب الدَّين أو معاملة الدَّين

تحدّث الفقهاء عن مسئلة في البيع المؤجّل والمداينات الأخرى، وهي أنّ المديونَ ربّما يعجز عن أداء دَينه عند حلول الأجل، فيدخلُ مع الدائن في بيعٍ مؤجّلٍ آخرَ

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم ١٧٩ (١٩/٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

بثمن زائد على الثمن الحالّ، ويُمهله الدائنُ في دينه الأول، ويُسمّى "قلب الدَّين" في اصطلاح الحنابلة، و"معاملة" في اصطلاح المتأخّرين من الحنفيّة. فإن كان هذا الإمهالُ في الدَّين الأول مشروطاً في البيع الثاني، فالبيعُ الثاني فاسدٌ بالاتّفاق، لأنّه بيعٌ شُرط فيه مالايقتضيه العقد. أمّا إذا لم يكُن الإمهالُ شرطاً في البيع الثاني، ففيه خلاف. فقال الإمام مالك رحمه الله تعالى: إنّه غير جائز. جاء في الموطأ:

"قال مالك في الرّجل يكون له على الرّجل مائةُ دينار إلى أجل، فإذا حلّت، قال له الّذي عليه الدَّين: بعْني سلعةً يكون ثمنُها مائةَ دينار نقداً بمائة وخمسين إلى أجل. قال مالك: هذا بيعٌ لايصلح، ولم يزل أهلُ العلم ينهَون عنه. قال مالك: وإنّما كُره ذلك لأنّه إنما يُعطيه ثمنَ ما باعه بعينه، ويؤخّرُ عنه المائةَ الأولى إلى الأجل الّذي ذكره آخرَ مرّة، ويزداد عليه خمسين ديناراً في تأخيره عنه. فهذا مكروهٌ ولايصلُح، وهو أيضاً يُشبه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل الجاهليّة أنّهم كانوا إذا حلّت ديونهم قالوا للّذي عليه الدَّين: إمّا أن تقضي وإمّا أن تُربي. فإن قضى أخذوا، وإلا زادهم في حقوقهم، وزادوه في الأجل." [١]

ومثلُه مذهب الحنابلة. قال البهوتيّ رحمه الله تعالى:

"ويحرُم على صاحب الدَّين أن يمتنع من إنظار المعسر حتّى يقلّب عليه الدَّين. ومتى قال ربُّ الدَّين: إمّا أن تقلّب الدَّين، وإمّا أن تقوم معي إلى عند الحاكم، وخاف أن يحبسه الحاكمُ لعدم ثبوت إعساره عنده، وهو مُعسِر، فقلّب

---

(١) موطأ الإمام مالك مع أوجز المسالك ١١: ٣٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

على هذا الوجه، كانت هذه المعاملةُ حراماً غيرَ لازمةٍ باتّفاق المسلمين، فإنّ الغريمَ مكرَهٌ عليها بغير حقّ، ومن نسب جواز القلب على المعسر بحيلة من الحيل إلى مذهب بعض الأئمة، فقد أخطأ في ذلك وغلط، وإنّما تنازع النّاسُ في الأمور الاختيارية."[1]

وقد شدّد الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى في ذلك، فقال:

"وأمّا إذا حلّ الدّينُ وكان الغريمُ معسراً، لم يجز بإجماع المسلمين أن يقلب بالقلب، لابمعاملة ولا غيرها، بل يجب إنظارُه. وإن كان موسراً، كان عليه الوفاء، فلاحاجةَ إلى القلب، لامع يساره ولامع إعساره."[2]

وما ذكرالبهوتيّ وابنُ تيميّة رحمهما الله تعالى من اتّفاق المسلمين على منع قلب الدّين إنّما هو فيما إذا كان الإمهالُ شرطاً في البيع الثّاني، أو كان المدينُ مُكرَهاً، كما ذكره البهوتيّ. أمّا إذا لم يكن الإمهالُ مشروطاً، ولا المدينُ مُكرهاً، فقد ثبت عن الحنفيّة أنّهم أجازوا هذه المعاملة، قال الإمام محمّد رحمه الله تعالى:

"قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الرّجل يكون له على الرّجل مائةُ دينار إلى أجل، فإذا حلّت، قال له الّذي عليه الدّين: بعني سلعةً يكون ثمنُها مائةَ دينارنقداً بمائة وخمسين إلى أجل: إنّ هذا جائز، لأنّهما لم يشترطا شيئاً، ولم يذكرا أمراً يفسد به الشّراء. وقال أهل المدينة: هذا لايصلح. قال محمّد: ولِمَ لايصلح هذا؟ أرأيتم مَن كان له على رجلٍ دين، فقد حرّم الله عليه أن

---

(١) كشاف القناع ٣: ١٧٥ فصل ومن باع سلعة بنسيئة

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية، باب الربا ٢٩: ٤١٨ وجعله رحمه الله تعالى عين الربا في ٢٩: ٤٣٥ و ٢٩: ٤٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

يبيعه منه شيئاً يُربح عليه فيه. قالوا: نخاف أن يكون هذا ذريعةً إلى الرّبا. قيل لهم: وأنتم تُبطلون بيوع النّاس بالتخوّف ماتظنّون من غير شرطٍ اشترطه، ولابيع فاسد إلاّ بما تظنّون وترون!... قالوا: نرى أنّه إنّما باعه لمكان دينه، قيل لهم: إنّهما لم يتذاكرا الدّينَ بقليلٍ ولا كثيرٍ... أرأيتم لو أجزتم البيعَ كما تُجيزه، أما كان لصاحب الدّين أن يأخذ دينه من صاحبه وقد حلّ؟ قالوا: بلى، له أن يأخذ دينَه، قيل لهم: فإذا كان له أن يأخذ دينَه كان البيعُ جائزاً، فبأيّ وجه أبطلتم بيعه؟"(١)

والحاصلُ أنّ الإمهالَ في الدّين الأوّل إن لم يكن مشروطاً، فلايزال الدائنُ يحقّ له أن يُطالبَ بالدّين الأوّل في الحال قضاءً. فإن أمهله، أمهله تطوّعاً، فلا يُقال: إنّه عوضٌ عن الزّيادة في البيع الثّاني. والظّاهرُ أنّ مذهب الإمام الشافعيّ رحمه الله تعالى مثله، لأنّه يقول بجواز العينة، فهذا أولى بالجواز عنده.

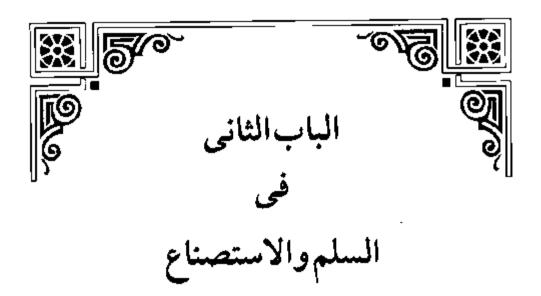
ثمّ إنّ المتأخّرين من الحنفيّة، وإن مشوا على مذهب الإمام أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى، غيرَ أنّهم ذكروا فيها كراهة. جاء في الدرّ المختار: "شراءُ الشّيئ اليسير بثمنٍ غالٍ لحاجة القرض يجوز ويُكره." وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى في شرحه: "أي يصحّ مع الكراهة."(٢) والظّاهر أنّ المرادَ كراهةً تنزيهيّة تجتمعُ مع الجواز. ولاشكّ أنّ الاحتياطَ في مسئلة قلب الدّين في مذهب المالكيّة والحنابلة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) كتاب الحجّة على أهل المدينة للإمام محمد ٢: ٦٩٤إلى ٦٩٦ باب ما يجوز من الدين ومالايجوز، طبع دار المعارف النعمانيّة

(٢) ردّالمحتار، فصل في القرض ١٥: ٢١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثانى
فى
السلم والاستصناع

٢٥٥ – السلم

والسَّلَمُ بيع الآجل بالعاجل، بمعنى أنّ المشتريَ يدفع الثّمن حالاً، ويلتزمُ البائع بتسليم المبيع فى وقتٍ لاحق. ويُسمّى "سَلَماً" و"سَلَفاً". وإنّ هذا البيعَ ينعقد عادةً فى حين أنّ المبيعَ معدوم، مثل أن يقع السّلم فى ثمرةٍ لم تظهر بعد، أو فى حين أنّ البائعَ لا يملك المبيع. وإنّ ذلك مخالفٌ للمبدأ العامّ من أنّه لايجوز بيع المعدوم ولا بيعُ ما لايملكه الإنسان، كما مرّ فى شروط المبيع. و لكن ثبتت مشروعيّته للحاجة العامّة بقول الله عزّ وجلّ: يا أيُّها الّذينَ آمَنُوا إذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ [البقرة: ٢٨٢]

وروى سعيد بن منصور عن ابن عباس رضى الله عنهما قال:

"أشهد أنّ السّلف المضمونَ إلى أجلٍ مسمّى قد أحلّه الله فى الكتاب، وأذِن

www.besturdubooks.wordpress.com

فيه." ثمّ قرأ هذه الآية.[1]

وقد روى البخاريّ رحمه الله تعالى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال:

"قدِم رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم المدينةَ والنّاس يُسلفون في الثّمر العامَ والعامين...فقال: من سلّف في تمْر، فليُسْلِفْ في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلوم."[2]

وقال ابنُ المنذر رحمه الله تعالى: "أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنّ السّلم جائز."وقال ابنُ قدامة رحمه الله بعد نقله: "ولأنّ المُثْمَن في البيع أحدُ عوضي العقد، فجاز أن يثبُت في الذّمّة كالثّمن، ولأنّ بالنّاس حاجةً إليه، لأنّ أربابَ الزّروع والثّمار والتّجاراتِ يحتاجون إلى النّفقة على أنفسهم وعليها لتكمُل، وقد تُعْوِزهم النّفقة، فجُوّز لهم السّلمُ ليرتفقوا، ويرتفقَ المُسْلِمُ بالاسترخاص."[3]

والمشترى في السّلَم يُسمّى "ربّ السّلم" أو: "المُسْلِم" والبائعُ "المسلَم إليه" والثّمنُ "رأسَ المال" والمبيعُ "المسلَم فيه". وإنّ هذا البيعَ لايجوز إلاّ بشروطٍ بعضُها ترجع إلى نفس العقد، وبعضُها إلى الثّمن، وبعضُها إلى المسلَم فيه، وبعضُها إلى تسليم المسلَم فيه. وفي بعضها خلافٌ بين الفقهاء. ولنبيّن هذه الشّروط في فصولٍ مستقلّة، والله سبحانه هو الموفق:

٢٥٦- الشّروط في نفس العقد

أمّا الشّروط الّتي ترجع إلى نفس العقد، فاشترط بعضُ الفقهاء، بالإضافة إلى الشّروط

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب التفسير، سورة البقرة، حديث ٣١٣٠ وسكت عنه الذّهبي

(٢) صحيح البخاري، أول كتاب السلم برقم ٢٢٣٩

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٣١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

العامّة، أن يكونَ البيعُ بلفظ "السّلم" أو "السّلف" خاصّةً، وهو قولُ زفر، وأحدُ وجهي الشّافعيّ رحمهما الله تعالى، لأنّ القياسَ ألاّ ينعقد أصلاً، لأنه بيعُ المعدوم، إلاّ أنّ الشّرع ورد بجوازه بهذين اللّفظين، فيقتصرُ الجواز عليهما.[1]

أمّا الجمهور من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، فلا يشترطون فيه لفظَ "السّلم" أو "السّلف"، بل يجوّزونه بلفظ البيع أيضاً. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"ولنا أنّ السّلمَ بيع، فينعقد بلفظ البيع. والدّليل على أنّه بيعٌ ماروِيَ أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخّص في السّلم."[2]

ووجه الاستدلال به أنّ لفظ الرخصة يدلّ على أنّ السّلم قد استُثني من بيع المعدوم. والأصلُ في المستثنى أن يكون داخلاً في المستثنى منه.

والشّرطُ الثاني الّذي يرجعُ إلى العقد عند جمهور الفقهاء أن يكونَ العقدُ باتّاً خالياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "لأنّ جوازَ البيع مع شرط الخيار في الأصل ثبت معدولاً به عن القياس، لأنّه شرطٌ يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال...إلاّ أنّا عرفنا جوازَه بالنصّ. والنّصُّ ورد في بيع العين، فبقيَ ماوراءه على أصل القياس، خصوصاً إذالم يكُن في معناه، والسّلمُ ليس في معنى بيع العين فيما شُرع له الخيار، لأنّه شُرع لدفع الغبْن، والسّلمُ مبناه على

---

(۱) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٠ ومغني المحتاج ٢: ١٣٤

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٠ وقال الزيلعيّ رحمه الله تعالى في نصب الراية ٤: ٤٥: "غريب بهذااللفظ... لكن رأيت في شرح مسلم للقرطبيّ مايدلّ على أنه عثر على هذاالحديث بهذااللفظ...والّذي يظهر أنّ هذا حديث مركب."

www.besturdubooks.wordpress.com

الغبْن ووكس الثّمن، لأنّه بيعُ المفاليس، فلم يكُن في معنى مورد النصّ."[1]

وقال المالكيّة: يجوز اشتراطُ الخيار لأحدهما، أو لهما، أو لأجنبيٍّ إلى ثلاثة أيّام، إن تأخّر قبضُ رأس المال إليها، فإنّ هذا التأخيرَ يجوز عندهم،[2] كما سيأتي إن شاء الله تعالى في شروط رأس المال.

٢٥٧- الشروط في رأس المال

أمّا الشّروط التي ترجع إلى رأس المال، فهيَ ما يأتي:

(١) بيانُ جنس رأس المال. فإن كان من النّقود، وجب تعيينُ العُملة، مثلُ الدّراهم أو الدّنانير، أو الرّيالات أو الرّبيات وغيرها. وإن كان من الأعيان، وجب بيانُ جنسِه، مثل الحنطة أو التّمر أو الثّوب.

(٢) بيانُ نوعه، فإن كان من النّقود، وكان في البلد أنواعٌ مختلفةٌ من العُملة الواحدة، وجب بيانُ النّوع الّذي وقع عليه العقد، وإن كان من الأعيان، مثل الثّوب، وجب تعيينُ نوعِه، مثل الكتّان أو الحرير.

(٣) بيانُ صفته إن كان رأسُ المال يتفاوت في صفاته.

(٤) بيانُ قدره إن كان العقدُ يتعلّق بقدْره من المكيلات والموزونات والعدديّات المتقاربة. ولايكفي الإشارةُ إليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافاً لصاحبيه وللإمام الشّافعيّ رحمهم الله تعالى، فإنّهم على أنّ الإشارةَ تكفي عن بيان القدر، كما

(١) بدائع الصّنائع ٤: ٤٣١ ومثله في المجموع شرح المهذّب ١٣: ١٠٦

(٢) الدسوقيّ على شرح مختصر خليل ٣: ١٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

في الذّرعيّات والعدديّات المتفاوتة الّتي يتّفق الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى معهما في أنّ الإشارةَ تكفي فيها، ولايلزم بيانُ القدر. وصورةُ المسئلة: إذا قال: أسلمتُ إليك هذه الدّراهم، ولايُعرف وزنُها، أو هذه الصُّبرة، ولم يُعرف كيلُها، يجوز عندهما وعند الشّافعي، لأنّ الإشارةَ أغنت عن بيان القدر، كما أنّها تُغني عنه في البيع الحالّ. ولايجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأنّ جهالةَ القدر في رأس المال قد تؤدّي إلى الجهالة في المسلَم فيه، مثل أن يُستحقّ بعضُ رأسِ المال، فينفسخ السّلم بقدر المستحَقّ، ويبقى في الباقي، وذلك غير معلوم. ولو قال: أسلمتُ إليك هذا الثّوبَ ولم يعرف ذرْعه، أو هذا القطيعَ من الغنم، ولايعرفُ عدده، جاز في قولهم جميعا.

وجهُ الفرق على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ القدرَ في المذروعات والعدديّات المتفاوتة مُلحَقٌ بالصّفة، وإعلامُ صفة رأس المال ليس بشرط لصحّة السّلم إذا كان معيَّناً مُشاراً إليه.[1] وظاهرٌ أنّ هذا مبنيٌّ على كون الذّراع وصفاً، لاقدراً، وسيجيئ الكلامُ على ذلك في مبحث خيار فوات الوصف إن شاء الله تعالى.

(٥) أن يكونَ مقبوضاً في مجلس عقد السّلم. لأنّ المسلَم فيه إن كان نقداً، فإنّه لايتعيّنُ بدون القبض، فيكونُ ديناً. والمسلَمُ فيه دينٌ أيضاً، والافتراقُ بدون قبض رأس المال افتراقٌ عن دينٍ بدين، وإنّه يجعله بيعَ الكالئ بالكالئ، وقد مرّ أنه لايجوز بنصّ الحديث. وأمّا إن كان رأسُ المال عيناً، فوجهُ اشتراطِ قبضه في المجلس أنّ السّلم بيعُ آجلٍ بعاجلٍ، فقبضُ العاجلِ داخلٌ في معناه. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ولأنّ

---

(١) راجع بدائع الصنائع ٤: ٤٣١ و ٤٣٢ للتفصيل

www.besturdubooks.wordpress.com

مأخذ هذا العقد دليلٌ على هذا الشّرط، فإنه يُسمّى "سَلَماً" و"سلفاً" لغةً وشرعاً. تقول العرب: "أسلمتُ" و"أسلفتُ" بمعنىً واحد، وفي الحديث: "من أسلم، فليُسلِمْ في كيل معلوم." وروي: "من أسلف فليُسلف في كيل معلوم." والسَلم يُنبئ عن التّسليم، والسّلف يُنبئ عن التّقدّم، فيقتضي لزومَ تسليم رأس المال، ويُقدّمُ قبضُه على قبض المسلم فيه."[١] وهذا مذهبُ الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة.[٢]

أمّا الإمام مالك بن أنس رحمه الله تعالى، فخالف الجمهورَ في أمرين:

الأوّل: أنّه أجاز تأخيرَ قبضِ رأس المال إن كان عروضاً، ولو إلى أجل المسلَم فيه،[٣] لأنّ العروض تتعيّن بالتّعيين، فلا يكون ديناً بدَين.

والثّاني: أنّه إن كان رأسُ المال نقداً، فإنّه يجوز تأخيرُ رأس المال إلى ثلاثة أيّام، لأنّ ما قاربَ الشّيئَ يُعطَى حُكمَه. وذهب بعضُ المالكيّة إلى أنّ التّأخير إلى ثلاثة أيّام إنّما يجوز إذا كان بدون شرط، واختاره عبدالحقّ وابنُ الكاتب وابنُ عبدالبرّ رحمهم الله تعالى. وقال آخرون: يجوز بشرطٍ أيضاً، واختاره في مختصر خليل.[٤]

أمّا تأخيرُه فوق الثّلاث بشرط، فلايجوز بالاتّفاق. أمّا إن كان بدون شرط، فإن كان رأسُ المال من العروض، وتأخّر قبضُه فوقَ الثّلاث، لم يُفسخ العقد، وإن كان من النّقود، يفسُد العقد على ما في المدوّنة، ولايفسُد عند ابن حبيب بشرط أن يكون

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٣

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٤

(٣) الدسوقيّ على شرح مختصر خليل ٣: ١٩٧

(٤) الدسوقي على شرح مختصر خليل ٣: ١٩٥

www.besturdubooks.wordpress.com

بدون شرط في العقد.[1]

وبماأنّ قبضَ رأس المال شرطٌ لصحّة السّلم، فإنْ قبضَه المسلمُ إليه، ثمّ انتقض القبضُ بعيبٍ أو استحقاقٍ مثلاً، فإنّه يوجبُ بطلانَ السّلم.[2]

أمّا إذا عجّل ربُّ السّلم بعضَ رأس المال، وأخّر بعضه، ففيه خلافٌ بين الفقهاء. قال الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة: يبطُل السّلمُ فيما لم يقبض، ويسقطُ بحصّته من المسلَم فيه، ويصحّ في الباقي بقسطه.[3] وعلّله ابنُ نُجيم رحمه الله تعالى بقوله: "وصحّ في حصّة النّقد لوجود قبض رأس المال بقدره، ولايَشيعُ الفساد، لأنّه طارئ. إذ السّلمُ وقع صحيحاً في الكُلّ، ولذا لو نقد الكُلَّ قبل الافتراق، صحّ."[4]

وظاهرٌ أنّ هذا إنّما يمكنُ إن كان المُسلمُ فيه ممّا يحتملُ التّبعيض، ويُمكن تبعيض الثّمن على حصص. فأمّا إذا كان المسلمُ فيه ممّا لايقبلُ التّبعيض أو يضرّه التّبعيضُ، مثل الثّوب، فالظّاهرُ أنّ تأخيرَ بعض رأس المال يُفسد العقد.

وقال المالكيّة: إن قدّم بعضَ رأس المال، وضربَ لبعض رأس المال أجلاً بطل السّلمُ في الصّفقة كلّها، ومتى قبض البعضَ، وأخّر البعضَ فسد، لأنّه دَين بدين.[5]

---

(١) كذا في المقدمات الممهدات لابن رشد ٢: ٢٨

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٥

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٤ و٣٣٥

(٤) البحر الرائق ٦: ١٧٨

(٥) المدوّنة الكبرى، كتاب السّلم الثّاني ٣: ٨٧ و كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني للمنوفي، مع حاشية العدوي ٣: ٣٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٥٨- هل يجوز أن يكون الدَّينُ في ذمة المسلَم إليه رأسَ مال السَّلم؟

ولو أراد ربُّ السَّلم أن يجعلَ الدَّينَ الذي في ذمّة المسلم إليه رأسَ مال السَّلم، فإنَّ ذلك غيرُ جائزٍ عند الأئمة الأربعة والجمهور، لأنّه يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ. وإن نقدَه في المجلس جاز، لأنَّ المانعَ ههنا ليس إلاّ انعدامَ القبض حقيقة، وقد زال. وقد ذكرنا في مبحث بيع الدَّين أنّه أجاز العلاّمةُ ابنُ تيمية وتلميذُه ابنُ القيّم رحمهما الله تعالى أن يَجعلَ الدَّينَ على المسلم إليه رأسَ مال السَّلم، وإن لم ينقُده في المجلس. وسمّياه بيعَ الواجب بالسّاقط.[1] هذا إذا كان الدَّينُ في ذمّة المسلَم إليه حالاً. أمّا إذا كان مؤجلاً، فلايجوزُ عندهما أيضاً، لأنّه ليس من الدَّين السّاقط.

والظّاهرُ أنَّ مذهبَ الجمهور أوفقُ بمقاصد السَّلم. وذلك لأنَّ السَّلمَ إنّما شُرع لدفع حاجة فاقدي السيولة الّذين يُريدون أن يحصُلوا على نقدٍ يستخدمونه للاستثمار في نشاطاتهم الزّراعيّة أو التّجاريّة. ومن أجل ذلك ربّما يَرضون بالوكْس في الثّمن. فلو جاز أن يكون الدَّينُ الّذي عليهم رأسَ مال السَّلم، فإنّهم لا يحصُلون على نقد، مع كون السَّلم بثمنٍ أوكس، فتفوتُ المصلحةُ الّتي شُرع السَّلم من أجلها.

وبالتّالي: إنَّ إجازة مثل هذا السَّلم ربّما يستغلّها الدائنون، بأنّه إذا حلَّ الدَّينُ على المديون، ولم يكن قادراً على أداءه، أسلم إليه الدائنُ بدَينه في حنطة مثلاً بثمن أوكس، لأنَّ السَّلم يكون عادةً بثمنٍ أقلَّ من القيمة السّوقيّة. وهذا عينُ قلب الدَّين الّذي كرهه الكثيرون، وشدّد فيه الإمامان ابنُ تيميّة وابنُ القيّم رحمهما الله تعالى.

---

(١) إعلام الموقعين، بحث الحوالة، ١: ٣٣١

أمّا إذا كان مالُ ربّ السّلم موجوداً في يدِ المسلَم إليه قبل العقد، وأراد ربُّ السّلم أن يجعله رأسَ مال السّلم، فهل ينوب القبضُ السّابق عن القبض المستحقّ في مجلس عقد السّلم؟ قال الحنابلة: إنّه ينوب عن ذلك ولايحتاج إلى قبض جديد.[1] أمّا الحنفيّة، ففرّقوا بين يدِ الضّمان ويد الأمانة. فقالوا: إن كان القبضُ السّابق قبضَ ضمان، كقبض الغاصب، جاز أن ينوب عن القبض المستحقّ في مجلس السّلم، وإن كان قبضَ أمانة، كقبض الوكالة أو الوديعة، فإنّ القبضَ السّابق لايقوم مقامه، ويحتاج إلى تجديد القبض إن لم يكن حاضراً في مجلس العقد. وقد فصّلنا موقف الحنفيّة في هذا الصّدد تحت الشّرط السّابع من شرائط المبيع تحت عنوان "هل يكفي القبض السّابق على البيع؟"

٢٥٩ - السّلم بين البلدين

إن كان المتعاقدان في بلدين، ويُريدان أن يعقدا السّلم، فطريقُه عند الجمهور أن يُرسِل ربُّ السّلم مبلغَ رأس المال إلى المسلم إليه مقدّماً، ويكونُ هذا المبلغُ أمانةً عند المسلَم إليه، فممّا تسلّمه، عقدا السّلمَ بطريق الهاتف، أو آلات الاتّصال الأخرى. وبما أنَّ المبلغَ مقبوضٌ للمسلَم إليه قبل العقد، فلا يحتاجُ إلى قبضٍ جديد عند الحنابلة. وبما أنّه أمانةٌ، فإنّه يحتاجُ إلى قبضٍ جديدٍ عند الحنفيّة، ويتأتّى فيه ما قدّمنا في مبحث القبض من أنّ المقصودَ من القبض الجديدِ تحديدُ النُّقطة الّتي ينتقلُ فيها قبضُ الأمانة عن قبضِ الضّمان. أمّا عند المالكيّة، فيمكنُ أن يعقدا السّلمَ بطريق الهاتف وغيره، ثمّ يُرسِلُ ربُّ

---

(١) كشاف القناع، فصل الشرط السادس للسلم ٣: ٢٩١

السلم رأسَ المال بحيثُ يَصِل إليه في خلال ثلاثة أيّام. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٦٠- الشّروط فى المسلم فيه

أمّا الشّروط الّتى ترجع إلى المسلَم فيه، فهي ما يأتى:

١- أن يكونَ جنسُ المسلم فيه معلوماً، مثل التّمر، أوالثّوب.

٢- أن يكون نوعُه معلوماً، مثلُ التّمر البرني، وثوبُ الكتّان. فإن لم تختلف أنواعُ المسلَم فيه، فلا يشترط بيانُ النّوع.

٣- أن تكونَ صفتُه معلومة، مثل كونه جيّداً، أو وسطاً، أو رديئاً، وقد تُعورف فى زمننا أنّ الأنواعَ تُقسَم إلى الدّرجة الأولى والثّانية وغيرها، فإن كان كذلك، يُشترط بيانُ الدّرجة المطلوبة. وحاصلُ هذه الشّروط الثّلاثة أن ينضبط المسلَمُ فيه، بحيث لايبقى فى ضبطه احتمالُ النّزاع.

٤- أن يكون قدرُه معلوماً بالكيل أوالوزن أو العدد. قال النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم: "مَن سلّف في تمر، فليُسلفْ في كيلٍ معلوم ووزنٍ معلوم."(١). ويُشترط أن يكون معيارُ القدر ممّا يؤمَن عليه فقدُه عن أيدى النّاس. فإن اشترط الكيلَ بمكيالٍ لايُعرف عيارُه بأن قال: "بهذا الإناء" ولم يُعرف كم يسعُ فيه، أو بحجرٍ لايُعرف عيارُه، ولايُعلم كَمْ وزنُه، أو بخشبةٍ لايُعرف قدرُها، أوبذراع يده، لايجوز السّلم.(٢)

---

(١) صحيح البخاري، أول كتاب السلم برقم ٢٢٣٩

(٢) بدائع الصنايع ٤: ٤٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٥- أن يكونَ المسلمُ فيه من المثليّات، فيجوز السَّلَمُ في المكيلات، أو الموزونات، أو المذروعات، أو العدديّات المتقاربة الّتي لاتتفاوت آحادُها إلاّ تفاوتاً يسيرا يُتسامح في مثله عرفاً، كالجوز والبيض. وهذا قولُ الإمام أبي حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى. وقال الشّافعيّ رحمه الله تعالى: لايجوز السّلم في الجوز والبيض عدداً، ويجوزُ وزناً، لأنّ ذلك يتباين ويختلف، فلم يجُزْ عدداً، كالبطّيخ.[1] وهو قول زفر رحمه الله تعالى.[2] ودليلُ الجمهور أنّ التّفاوتَ بين صغير الجوز وكبيره يسيرٌ أعرض النّاس عن اعتباره، فلايُعتبر. ولهذا كان مضموناً بالمثل عند الهلاك، بخلاف الرُّمّان والبطّيخ، فإنّ التّفاوت في آحادهما تفاوتٌ فاحش، ولهذا كان الضّمانُ فيهما بالقيمة. والظّاهرُ من كلام المالكيّة أنه يجوز السّلم في الجوز والبيض عدداً، ولكن يُقاس حجْم آحادها بمقياسٍ كالخيط وغيره.[3]

وبما أنّ السّلم يجوز في العدديّات المتقاربة، فإنّه يجوزُ في السيّارات والدرّاجات والطّائرات والثلاّجات والمكيّفات والأدوات المنزليّة والكهربائيّة الّتي ينضبط نوعُها ووصفُها وموديلُها ولونُها، ونحوذلك من الأوصاف الّتي لها دخلٌ في رغبة المشترين، ولا بأس بتعيين المصنع أو العلامة التّجاريّة، بشرط أن يكون المسلَمُ فيه عامَّ الوجود في محلّه بحكم الغالب عند حلول أجله، كما سيأتي تفصيله في الشّرط السّابع إن شاء الله تعالى.[4]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٢٧
(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٤١
(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي ٣: ٢٠٧
(٤) المعيار الشّرعيّ رقم ١٠ بشأن السّلم والسّلم الموازي الصّادر من المجلس الشّرعيّ بند ٨/٢/٣

www.besturdubooks.wordpress.com

ولايجوز السّلمُ في العدديّات المتفاوتة من الجواهر، واللآلي، والجلود، والأدم، والرّؤوس، والأكارع والبطّيخ، والقثّاء، والرّمّان، والسّفرجل، ونحوها من العدديّات الّتي تتفاوت آحادها، لأنّه لايمكن ضبطُها بالوصف، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالةٌ فاحشةٌ مفضيةٌ إلى المنازعة.

٢٦١- السّلم في الحيوان

وكذلك لايجوز السّلم في الحيوان عندالحنفيّة،[١] وهو روايةٌ في مذهب أحمد رحمه الله تعالى، وجوّزه الشافعيّة والمالكيّة[٢]، وهو ظاهرُ المذهب عند الحنابلة.[٣] لأنّ الجهالةَ فيه تزول ببيان الجنس والنّوع والصّفة والسنّ، فكان مضبوطَ الوصف. والتّفاوتُ فيما وراء ذلك لايُعتبر، ولهذا وجب ديناً في الذّمّة في النّكاح، فأشبه الثّياب. وقال الحنفيّة: إنّ بعدَ بيان هذه الأشياء يبقى بين فرسٍ وفرسٍ تفاوتٌ فاحشٌ في الماليّة، فتبقى جهالةٌ مفضية إلى المنازعة، وإنّها مانعةٌ من صحّة العقد.

وأخرج عبدالرزّاق عن سيّدنا عمربن الخطّاب رضي الله تعالى عنه قال:

"إنّكم تزعمون أنّا لانعلم أبوابَ الرّبوا، ولأن أكونَ أعلمُها أحبُّ إليّ من أن يكون لي مثلُ مصر وكُورها. ومن الأمور أمورٌ لايكُنّ يخفَيْن على أحد، هو أن يُبتاع الذّهبُ بالورِق نسيئةً، وأن يُبتاع الثّمرةُ وهي معصفرةٌ لم تطِبْ، وأن

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٢٤٤

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٠٧

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٣١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

يُسلَم في مين."[1]

أمّا قياسه على وجوبه في النّكاح، فقال فيه الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "والاعتبارُ بالنّكاح غيرُ سديد، لأنّه يتحمّل جهالةً لايتحمّلها البيع. ألاترى أنّه يصحّ من غير ذكرالبدل، وببدلٍ مجهول، وهو مهرُ المثل، ولايصحّ البيع إلاّ ببدلٍ معلوم، فلا يستقيمُ الاستدلال."

٦- الشّرط السّادس عند الحنفيّة أن يكون المسلَمُ فيه موجوداً من حينِ العقد إلى حينِ المحلّ، حتّى لوكان منقطعاً عند العقد، موجوداً عند المحلّ، أو على العكس، أو منقطعاً فيما بين ذلك، لايجوز السّلم. وهو قولُ الثّوريّ والأوزاعيّ رحمهم الله تعالى. وقال المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، لايُشترط ذلك، ويجوز السّلم إذا كان موجوداً عند المحلّ. واستدلّوا على ذلك بأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قدِم المدينة وهم يُسْلِفون في الثّمار السّنةَ والسّنتين، فقال: "من أسلف فليُسلف في كيل معلوم أووزن معلوم وأجل معلوم." ولم يذكر الوجود، ولوكان شرطاً لَذَكَره، ولنهاهم عن السّلف ستين، لأنّه يلزم منه انقطاعُ المسلم فيه أوسطَ السّنة، ولأنّه يثبت في الذّمّة، ويوجدُ في محلّه غالباً، فجاز السّلم فيه كالموجود.

واستدلّ الحنفيّة بالأحاديث الّتي نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم فيها عن بيع الثّمرة حتّى يبدوَ صلاحُها، ولأنّ القدرةَ على التّسليم بالتّحصيل، فلابدّ من استمرار

---

(١) مصنف عبدالرزاق، باب السلف في الحيوان ٨: ٢٦ رقم ١٤١٦١ وأخرجه البيهقيّ في سننه الكبرى ٦: ٢٣ وقال: هذا منقطع. وقال المارديني رحمه الله تعالى في الجوهر النقيّ: "قد تقدم أن ابن سيرين أيضا رواه عن عمر، ومراسيل ابن سيرين صحيحة.

www.besturdubooks.wordpress.com

الوجود في مدة الأجل ليتمكّن من التحصيل.[١]

وقال الحنفيّة: ولو انقطع المسلمُ فيه بعد المحلّ، فربُّ السّلم بالخيار: إن شاء فسخ السَّلم، وإن شاء انتظرَ وجوده، لأنَّ السّلم قد صحّ، والعجزُ الطّارئ على شرَف الزّوال، فصار كإباق المبيع قبل القبض.[٢]

٢٦٢– تعيين المسلم فيه بالمحلّ أو المصنع

٧–الشّرط السّابع: أن لا يكون المسلَمُ فيه معيّناً بمحلٍ يُمكن أن ينقطع، مثل أن يُسلِم في ثمرة شجرةٍ بعينها، أو بُستانٍ بعينه. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "لايجوز أن يُسلم في ثمرة بستانٍ بعينه، ولاقريةٍ صغيرة، لكونه لايؤمَن تلفُه وانقطاعه. قال ابنُ المنذر: إبطالُ السّلم إذا أسلم في ثمرة بستانٍ بعينه كالإجماع من أهل العلم، وممّن حفظنا عنه ذلك الثّوريّ، ومالك، والأوزاعيّ، والشّافعيّ، وأصحابُ الرّأي وإسحق."[٣]

والدّليل على ذلك ما أخرجه ابن ماجه عن عبدالله بن سلام رضي الله تعالى عنه قال:

"جاء رجلٌ إلى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم. فقال: إنّ بني فلانٍ أسلموا، لقومٍ من اليهود، وإنّهم قد جاعوا، فأخافُ أن يرتدّوا، فقال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: مَن عنده؟ فقال رجلٌ من اليهود: عندي كذا وكذا لشيئٍ قد سمّاه، أُراه قال: ثلاثمائة دينارٍ بسعر كذا وكذا من حائط بني فلان. فقال رسولُ الله صلّى

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٢١٣ والمغني لابن قدامة ٤: ٣٢٢ و٣٢٣

(٢) الهداية مع الفتح ٦: ٢١٤

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

الله عليه وسلّم: بسعر كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا، وليس من حائط بني فلان."[1]

وهذا صريح في أنّ تسمية حائط مخصوص أو شجر مخصوص لايجوز في السّلم، لأنه لايعرف هل يبقى ذلك الحائط أو تلك الشجرة إلى حلول الأجل أولا. وعلى هذا لا يجوز السّلم في منتج مصنع معيّن، أو شركة معيّنة لايؤمن انقطاعه. أمّا إذا كانت الشّركة الصّناعيّة كبيرةً، وكان الأجل قصيراً يؤمن انقطاع القدر المسلّم فيه في حدود ذلك الأجل، فينبغي الجواز. وذلك لأنّ الفقهاء منعوا السّلم في ثمرة قرية معيّنة صغيرة، كما مرّ في عبارة ابن قدامة. ومفهومه أنّه إن كانت القريةُ كبيرةً بحيث يؤمن انقطاع ثمرتها في حدود الأجل المضروب، جاز السّلم، لأنّ علّة المنع، وهي الانقطاع، لاتوجد في تلك الصّورة. وقال ابن نجيم رحمه الله تعالى:

"بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيديّة، أو شاميّة، فإنّ احتمال أن لا ينبت في الإقليم شيئ برُمّته ضعيف، فلا يبلغ الغرر المانع في الصّحّة. ولذا قيّد بالقرية، احترازاً على الإقليم."[2]

فظهر بهذا أنّ علّة فساد السّلم في منتج مكان معيّن هو خشيةُ انقطاع المنتج في ذلك

(١) سنن ابن ماجه، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم حديث ٢٢٨٠ وفيه عنعنة الوليد بن مسلم. ولكن أخرجه ابن حبان في حديث طويل في إسلام زيد بن سعنة، وقد صرّح فيه الوليد بن مسلم بالتحديث، وفيه: أنّ زيد بن سعنة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلّم: هل لك أن تبيعني تمرا معلوما من حائط بني فلان إلى أجل كذا وكذا، فقال: لا يا يهودي! ولكن أبيعك تمرا معلوما إلى أجل كذا وكذا، ولاأسمّي حائط بني فلان." (ترتيب ابن حبان لابن بلبان ١: ٥٢٢)

(٢) البحر الرائق ٦: ٢٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

المكان. فإن وقع الأمنُ من ذلك، أو كان احتمال الانقطاع نادراً ضعيفاً، فلا يفسُد به السَّلم.

وكذلك قد يكون ذكرُ مكانٍ معيّنٍ لبيان صفة المسلَم فيه، لا لكونه مصنوعاً أو ناتجاً في ذلك المكان بخصوصه، وإن أتى المسلَمُ إليه بمصنوع أو ناتجٍ من غير ذلك المكان مستوفياً لصفاته، جاز السَّلم، وأُجبر ربُّ السَّلم على قبوله. وكون المقصود صفةً، لا مكاناً، يتعيّن بالعُرف. قال ابنُ نُجيم رحمه الله تعالى:

"وفي الخلاصة وغيرها: ولو أسلم في حنطة الهراة لا يجوز، وفي ثوب هراة، وذكرَ شروطَ السَّلم، يجوز، لأنَّ حنطتَها يُتوهَّم انقطاعُها، إذ الإضافةُ لتخصيص البُقعة، فيحصُل السَّلم في موهوم الانقطاع، بخلاف إضافة الثَّوب، لأنّها لبيان الجنس والنَّوع، لا لتخصيص المكان. وكذا لو أتى المسلَمُ إليه بثوبٍ هرويّ نُسج في غير ولاية هراة من جنس الهرويّ، يعني من صفته ومؤنته، يُجبرُ ربُّ السَّلم على قبوله. فظهر أنَّ المانعَ والمقتضيَ العُرف. فإن تُعورف كونُ النِّسبة لبيان الصِّفة فقط، جاز، وإلاّ فلا. كذا في فتح القدير."(١)

أمّا السَّلمُ في أسهم شركة معيّنة، فقد منعه المجلس الشَّرعيّ للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة، لأنّ الشَّركاتِ ممّا يمكنُ انقطاعُها أو تصفيتُها، فصار مثلَ السَّلم في ثمرة بستان معيّن. وهناك علّةٌ أخرى لعدم جواز السَّلم في أسهم الشَّركات. وهي أنَّ الأسهم، كما مرّ في تكييفها الشَّرعيّ، حصّةٌ مُشاعةٌ في موجودات الشَّركة،

---

(١) البحر الرائق ٦: ٢٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

وموجوداتُ الشّركة مجموعةٌ من النّقود، والدّيون، والأعيان غير المنقولة، والأعيان الّتي هي داخلةٌ في العدديّات المتفاوتة، ولايجوز فيها السّلم. والله سبحانه أعلم.

٢٦٣- الشّروطُ الّتي ترجع إلى تسليم المسلم فيه

أمّاالشّروط الّتي ترجع إلى تسليم المسلَم فيه، فهي مايأتي:

الشّرط الأوّل عند الجمهور أن يكون تسليمُ المسلَم فيه مؤجّلاً.

فلا يصحّ السّلم الحالّ عند الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، لأنّ السّلم يُنبئ عن الدّين، فالأجلُ داخلٌ في معناه، ولقوله صلّى الله عليه وسلّم: "من أسلف في شيئ ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم." وقال الشّافعيّ رحمه الله تعالى: يصحّ السّلم حالاً ومؤجّلاً، فإن أطلق عن الحلول والتّأجيل، وكان المسلمُ فيه موجوداً، انعقد حالاً، لأنّه إذا جاز السّلمُ مؤجّلاً، فلأن يجوز حالاً أولى، لبُعده عن الغرر. والمراد من الحديث "إلى أجلٍ معلوم" عنده هو العلمُ بالأجل، لا الأجلُ نفسُه.

والمقصودُ من السّلم الحالّ عند الشّافعيّة أنّ ربّ السّلم له حقُّ التسلُّم في أيّ وقتٍ شاء بعد العقد، ويُشكل عليه أنّ ذلك ممكنٌ في كلّ بيع، وإن لم يكن سلماً، فلا داعيَ لعقده بالسّلم. والجوابُ أنّ الشّافعيّةَ لايجيزون بيعَ الشّيئ الغائب، إلاّ عن طريق السّلم الحالّ. فقد ذكر الخطيبُ الشربينيّ رحمه الله تعالى أنّ فائدةَ العُدول من البيع إلى السّلم "هو جوازُ العقد مع غَيْبة المبيع، فإنّ المبيعَ قد لايكون حاضراً مرئيّاً فلايصحّ بيعُه (أي عند الشّافعيّة) وإن أخّره لإحضاره، ربّما فات على المشتري، ولايتمكّنُ من الانفساخ إذاهو

www.besturdubooks.wordpress.com

متعلّقٌ بالذّمّة.[١]

وعلى القول بالسّلم الحالّ يجوز أن يتأخّر تسليمُ المبيع إلى أيّ وقت إذا كان بتراضي الطّرفين. وكذلك يجوز أن يُضرب أجلٌ قصير، مثل يوم أو يومين.

٢٦٤ـ الشرط الثاني: أن يكون أجل التّسليم معلوما

الشّرط الثّاني: أن يكون أجلُ التّسليم معلوماً. وهذا القدرُ متّفق عليه بين الفقهاء، لقول الله سبحانه وتعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ [البقرة : ٢٨٢] ولقول الرّسول الكريم صلّى الله عليه وسلّم: "من أسلف في شيئ ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم."[٢] أمّا كيفيّةُ الأجل، ففيه اختلاف فصّلناه في مباحث البيع المؤجّل تحت عنوان "معلوميّة الأجل".

٢٦٥ـ أقلّ مدّة السّلم

ثمّ اختلف الفقهاء في تحديد أقلّ مدّة في تأجيل السّلم، لأنّه لم يرد فيه نصّ. فرُوي عن الإمام محمّدبن الحسن رحمه الله تعالى أنّه مقدّر بشهر، لأنّه أدنى الآجل وأقصى العاجل. ويقرُب منه مذهبُ الحنابلة حيث قالوا: "من شرط الأجل أن يكون مدّةً لها وقعٌ في الثّمن، كالشّهر وما قاربه."[٣] وقد رُويت عن مشايخ الحنفيّة رواياتٌ مختلفة، منها ماروُيَ عن الكرخيّ رحمه الله تعالى أنّه مقدارُ ما يمكن تحصيلُ المسلم فيه، وعنه أنّه يُنظر إلى مقدار المسلم فيه، وإلى عُرف النّاس في تأجيل مثله، وقدّره

(١) مغني المحتاج، كتاب السلم ٢: ١٣٨

(٢) صحيح البخاري، كتاب السلم، حديث ٢٢٤٠ عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

بعضُهم بثلاثة أيّام قياساً على خيار الشّرط، وبعضُهم بنصف يوم. واختار صاحبُ الهداية وابنُ الهمام التّقديرَ بشهر على قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى.(١) وقدّر المالكيّةُ أدنى مدّة السّلم بنصف شهر.(٢) أمّا الشّافعيّة، فليس عندهم أجلٌ مقدّر، بل إنّهم يجوّزون السّلم الحالّ، كما مرّ.

وبما أنّه ليس هناك نصٌّ في تحديد مدّة السّلم، فإنّ المجلس الشّرعيّ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة لم يحدّد مدّةً لأجل السّلم. فجاء في المعيار الشّرعيّ للسّلم:

"يُشترط أن يكون أجل تسليم المسلَم فيه معلوماً على نحو يُزيل الجهالة المُفضية إلى النّزاع. ولامانع من تحديد آجال متعدّدة لتسليم المُسلَم فيه على دُفعاتٍ بشرط تعجيل رأس مال السّلم كلّه."(٣)

وهذا مبنيٌّ على قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم "فليُسلف في أجل معلوم" بدون تقييد الأجل بمدّة معيّنة. فظهر أنّ لمقصود تعيينُ الأجل، سواءٌ كان قصيراً أم طويلاً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٦٦ـ الشّرط الثّالث: أن يكون محلُّ التّسليم معلوما

الشّرط الثّالث: أن يكون محلُّ التّسليم معلوماً. قال أبو حنيفة والثّوريّ والشّافعيّ في روايةٍ عنه أنّه إن كان للمُسلَم فيه حَمْل ومؤْنة، فيجب لصحّة السّلم أن يُذكر في

---

(١) فتح القدير ٦: ٢١٨ و ٢١٩

(٢) حاشية الدسوقي ٣: ٢٠٥

(٣) المعيار الشّرعيّ رقم ١٠ بند ٣/٢/٩

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد مكانُ التّسليم. وقال أبويوسف ومحمّد وأحمد والشّافعيّ في رواية أخرى إنّه لايُشترط ذكرُه في العقد، ويجبُ التّسليمُ في محلِّ العقد،[1] وبه قال المالكيّة، غير أنّهم قالو: "الأفضل اشتراطُه."[2] لأنّ النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم لم يشترط ذلك حين أجاز السّلم، ولأنّ سبب وجوب الإيفاء هوالعقد، والعقدُ وُجِد في هذاالمكان، فيتعيّن مكانُ العقد لوجوب الإيفاء فيه، كما في بيع العين.

وقال أبوحنيفة وغيرُه ممّن يشترط بيانَ المكان أنّ كونَ مكان التّسليم مكانَ العقد ليس من مقتضي العقد، بدليل أنّهما لو عيّنا مكاناً آخر جاز اتّفاقاً، ولو كان مقتضي العقد التّسليم في محلّ العقد، لكان ذلك تغييراً لمقتضي العقد، فكان ينبغي أن لايجوز. وإذا لم يتعيّن مكانُ التّسليم في العقد، بقي مجهولاً جهالةً مُفضيةً إلى المنازعة.

وأمّا إذالم يكن للمسلم فيه حمل ومؤنة، ولم يُذكر محلُّ التسليم في العقد، فعن أبي حنيفة فيه روايتان: الأولى: أنّه لايتعيّن مكانُ العقد، ويُوفيه في أيّ مكان شاء، لأنّ ماليس له حمل ومؤنة لاتختلف قيمتُه باختلاف الأماكن. فلم تكن جهالتُه مُفضيةً إلى المنازعة. والرّواية الثّانيةُ عنه أنّه يتعيّن فيه مكانُ العقد كقول الصّاحبين. ومن المشايخ مَن جمع بينهما بأنّه إن لم يتنازعا، فإنّه يُوفيه في مكان العقد، وإن تنازعا، فإنّه يأخذه بالتّسليم حيثُ ما لقيه.[3]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٩

(٢) بداية المجتهد ٢: ٢٠٤

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٤٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٦٧ - الشرط الرابع: أن يُسلّم نفس المُسلم فيه بدون استبدال

والشرط الرابع لجواز التّسليم عند الجمهور: أن يُسلّم نفسَ المسلم فيه. فلا يجوز استبداله بشيئ آخر، ولو برضا رب السّلم. لأنّ استبداله بشيئ آخر يؤدّي إلى بيع المسلَم فيه قبل قبضه، وهو لا يجوز. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وأمّا بيعُ المسلَم فيه من بائعه، فهو أن يأخذ غيرَ ما أسلم فيه عوضاً عن المسلَم فيه، فهذا حرام، سواءٌ كان المسلَم فيه موجوداً أو معدوماً، وسواءٌ كان العرض مثلَ المسلم فيه في القيمة، أو أقلّ، أو أكثر. وبهذا قال أبو حنيفة والشّافعي."[1]

وحجتهم في ذلك ما رواه أبوداود عن أبي سعيد الخدريّ رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "من أسلف في شيئ فلا يصرفْه إلى غيره."[2] وسكت عليه أبو داود، وأعلّه المنذريّ وغيره بعطيّة العوفيّ. وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "رواه الترمذيّ وحسّنه[3]، وقال: لاأعرفه مرفوعاً إلا من هذاالوجه...وعطيّةُ العوفيّ ضعّفه أحمد وغيره، والترمذيّ يُحسّن حديثه. ورواه عبد الرزاق موقوفاً على ابن عمر، قال: أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال: إذا أسلفت في شيئ فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الّذي أسلفت فيه."[4]

وبالتّالي، فإنّ أحاديث المنع عن البيع قبل القبض، وعن ربح مالم يضمَن، كلّها تدلّ

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢

(٢) سنن أبي داود، باب السلف يُحوّل، حديث ٣٤٦٨

(٣) يعني أخرجه في العلل الكبير، أبواب البيوع، باب ما جاء في السلف في الطّعام والتّمر، حديث ٣٤٦

(٤) فتح القدير ٦: ٢٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

على ذلك، لأنَّ المسلَم فيه في ذمّة المسلم إليه مالم يقبضه ربُّ السلم، فإن باعه باع مالم يضمن.

وكما لايجوز استبدالُ المسلَم فيه من المسلَم إليه، لايجوز بيعُ المسلم فيه إلى ثالث قبل التسلّم بالطّريق الأولى، لأنه بيعٌ قبل القبض.

أمّا الإمام مالك رحمه الله تعالى، فعنده تفصيلٌ دقيقٌ في المسئلة، ولخّصه ابنُ رشد رحمه الله تعالى، فقال: " وأمّا مالك: فإنّه منَع شراءَ المسلَم فيه قبل قبضه في موضعين: أحدُهما: إذا كان المسلَم فيه طعاماً، وذلك بناءً على مذهبه في أنّ الذي يُشترط في بيعه القبضُ هو الطّعام على ما جاء عليه النصّ في الحديث.

"والثاني: إذا لم يكن المسلَمُ فيه طعاماً، فأخَذَ عوضَه المسلِم مالاً يجوز أن يُسلِم فيه رأسَ ماله، مثل أن يكون المسلمُ فيه عرضاً، والثّمنُ عرضاً مخالفاً له، فيأخذ المسلِم من المسلَم إليه إذا حان الأجل شيئاً من جنس ذلك العرض الّذي هو الثّمن، وذلك أنّ هذا يدخُله إمّا سلفٌ وزيادة، إن كان العرضُ المأخوذُ أكثرَ من رأس مال السّلم، وإمّا ضمانٌ وسَلف، إن كان مثلُه أو أقلّ.

"وكذلك إن كان رأسُ مال السّلم طعاماً، لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخرَ أكثر، لا من جنسه ولا من غير جنسه. فإن كان مثلَ طعامه في الجنس والكيل والصّفة، فيما حكاه عبد الوهّاب، جاز، لأنّه يحمله على العروض. وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطّعام المسلَم فيه طعاماً من صفته، وإن كان أقلّ جودةً، لأنّه عنده من باب البدل في الدّنانير، والإحسان، مثل أن يكون له عليه قمحٌ فيأخذ بمكيلته شعيراً.

www.besturdubooks.wordpress.com

"وهذا كلّه من شرطه عند مالك أن لا يتأخّر القبض،[١] لأنّه يدخله الدَّين بالدَّين.

وإن كان رأسُ مال السَّلم عيناً،[٢] وأخذ المسلم فيه عيناً من جنسه، جاز ما لم يكن أكثرَ منه، ولم يتّهمه على بيع العين بالعين نسيئةً إذا كان مثله أو أقلّ.[٣] وإن أخذ دراهمَ في دنانير، لم يتّهمه على الصّرف المتأخّر.[٤] وكذلك إن أخذ فيه دنانيرَ من غير صنف الدّنانير الّتي هي رأسُ مال السّلم.

وأمّا بيعُ السّلم من غير المسلَم إليه: فيجوزُ بكلّ شيء يجوز التّبايع به ما لم يكن طعاماً، لأنّه لا يدخله بيعُ الطّعام قبل قبضه."[٥]

٢٦٨- الشرط الخامس: تسليم المسلم فيه حسب الأوصاف المتّفق عليها

الشّرط الخامس: أن يقع التّسليمُ حسبَ المواصفات الّتي اتّفق عليها العاقدان في العقد. فإن سلّم بغير هذه المواصفات، لم يصحّ التّسليم، إلاّ أن يرضى به ربُّ السّلم. فإن كان أردأ ممّا وقع الاتّفاق عليه، لايصحّ التسليم إلاّ برضا ربّ السلم اتفاقاً. وأمّا إن كان أجود منه فقد صحّ التّسليم، ويُجبر ربُّ السّلم على قبوله عند الإمام أبي حنيفة

---

(١) يعني قبض بدل المسلم فيه عند حلول الأجل، وإلاّ فإنّه يستلزم بيع الدّين بالدّين.

(٢) المراد من العين في اصطلاح المالكية النّقود.

(٣) يعني أنّ استبدال العرض المسلم فيه بالنّقد الّذي كان ثمناً يستلزم أن يكون بيع النّقد بالنّقد نسيئة. ولكنّ مالكاً رحمه الله تعالى لم يُدخله في بيع النّقد بالنّقد نسيئةً، وذلك لأنّ أصل العقد لم يكن فيه بيع النّقد بالنّقد، وإنّما طرأ عليه بالاستبدال وحينئذ لم يكن فيه نسيئة.

(٤) يعني إن كان رأس مال السّلم دنانير، والمسلمُ فيه عروضاً، ثمّ استبدل بتلك العروض دراهم، فالظّاهر أنّه صار بيع الدّراهم بالدّنانير وقبض الدّراهم متأخّر عن قبض الدّنانير، ولكنّ مالكاً رحمه الله تعالى أجاز ذلك، لأنّ أصل العقد لم يكن فيه بيع الدّنانير بالدّراهم، وإنّما جاءت الدّراهم بدلاً من العروض المسلَم فيه.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٢٠٥ - ٢٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

وصاحبيه رحمهم الله تعالى. وقال زفر: لايجبر على قبوله؛ لأنّ المسلمَ إليه متبرِّعٌ على ربّ السلم في إعطاء الزّيادة، والمتبرَّعُ عليه لايُجبر على قبول التّبرع، لما فيه من إلزام المنّة، فلايلزمه من غير التزامه.

وحجّةُ الأئمة الثلاثة أنّ إعطاء الأجود مكانَ الجيّد في قضاء الدّيون لايُعدّ فضلاً وزيادةً في العادات، بل يُعدّ من باب الإحسان في القضاء، ولواحق الإيفاء، فإذا أعطاه الأجود، فقد قضى حقّ صاحب الحقّ وأجملَ في القضاء. فيُجبر على الأخذ.[1]

والظاهرُ أنّ هذا إذا كان الأجودُ لايفوت به غرضُ ربّ السّلم. أمّا إذا كان الأجودُ بحيثُ يفوتُ به مقصودُه الّذي أراده بالعقد، فينبغي أن لايُجبر على قبوله كما قال زفر رحمه الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

٢٦٩-السّلم الموازي

وقد راج في بعض المؤسّسات الماليّة اصطلاحُ "السّلم الموازي". والمقصود منه أنّ المسلَم إليه بعد التزامه بتسليم المسلَم فيه إلى ربّ السّلم في موعدٍ محدّد، قد يعقد السّلمَ مع جهةٍ أخرى، يكون هو فيه ربّ السّلم. مثاله: أنّ شركة ألف أسلمت مائة وعشرة آلاف في كمّيّة محدّدة من القطن تُسلّم إليها شركةُ ب في أوّل شهر يناير. وشركة ب في هذا العقد مُسلَمٌ إليها. ثمّ تُسلِمُ شركة ب مائةَ ألف إلى أحد زارعي القطن في نفس كمّيّة القطن بالتزام التّسليم في أوّل شهر يناير. وشركة ب في هذا

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٤ ولينتبه أنّ الكاساني رحمه الله تعالى ذكر هذه المسئلة في استبدال رأس المال بأجود أو أردأ، ثمّ ذكر في الأخير حكم استبدال المسلم فيه وقال فيه: " وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرنا."

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد الثاني ربّ السَّلم، وزارع القُطن هو المسلَمُ إليه. ومقصودُ شركة ب أن تحصُل على الكميّة المطلوبة من القُطن في أوّل شهر يناير، لتتمكّن من تسليمها إلى شركة ألف حسبَ العقد الأوّل. وتنتفعَ بالفرق بين رأس مال السَّلمين. وإنّ هذا العقد الثانيَ الّذي عقدته شركة ب مع زارع القطن يُسمّى "السّلم الموازي".

وإنّ السّلم الموازيَ بهذا الشّكل إنّما يجوزُ إن لم يكن هناك ربطٌ بين العقدين. وأن تكونَ الحقوقُ والالتزاماتُ النّاشئةُ عن السّلم الموازي مستقلّةً عن السّلم الأوّل، بمعنى أنّ زارع القُطن في المثال المذكور إن أخلّ بالتزاماته في السّلم الموازي، فإنّ المسلَم إليه في السّلم الأوّل لايتحلّل من التزاماته، بل يجبُ عليه أن يُسلّم الكمّيّة المطلوبة من القُطن إلى ربّ السّلم الأوّل. (الّذي هو شركة ألف في المثال المذكور) ولو اضطُرّ لذلك إلى شراءها من السّوق.

٢٧٠- توكيل المسلم إليه ببيع المسلم فيه

وقد يقع أنّ ربُّ السّلم يوكّل المسلَم إليه ببيع المسلم فيه نيابةً عن ربّ السّلم. فإن كان هذا التّوكيلُ مشروطاً في عقد السّلم، فالبيع فاسد، لأنّه شرط يُخالف مقتضى العقد. أمّا إن لم يكن التّوكيلُ مشروطاً في العقد. وقبضَ ربُّ السّلم المسلَم فيه، ثمّ وكّله بالبيع بدون شرطٍ سابق، فإنّه جائز، ولكن يجب أن يكون بعد أن يقبض ربُّ السّلم على المسلَم فيه. فإن باعه المسلَمُ إليه قبل قبض ربّ السّلم، صار البيعُ لنفسه، ولو كان باعه بنيّة النّيابة عن ربّ السّلم.[1] ولايُقال: إنّه بيع فضوليّ موقوف، لأنّ ربّ السّلم لم يملك المسلم فيه، فإنّه لايملكه إلاّ بعد القبض، فصار بيع المسلم إليه

(١) إمداد الفتاوى ٣: ٧٠ باب بيع السّلم، سؤال ٧٧

www.besturdubooks.wordpress.com

لنفسه، لأنّه هو المالك.

٢٧١- الاستصناع

ومن البيوع التي يتأخّر فيه التّسليم "الاستصناع". وعرّفه قدري باشا بقوله: "هو طلبُ عملِ شيئٍ خاصٍ على وجهٍ مخصوص مادّته من الصّانع."[١] ويمكنُ تعريفُه الاصطلاحيُ بأن نقول: "هو أن يطلب المشتري من البائع أن يأتي له بشيئٍ مصنوعٍ بموادٍ من عنده موصوفٍ في الذّمّة، ويلتزمُ البائعُ بذلك لقاءَ ثمنٍ متّفقٍ عليه."

وهو عقدٌ جائزٌ عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، وغيرُ جائزٍ عند الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة، وفي قولِ زفر، رحمهم الله تعالى جميعاً، إلاّ أن يكون بطريق السّلم بشروطه المعروفة[٢]. وذلك لأنّه لايصحّ بيعاً، لكونه بيعَ ما ليس عند البائع، ولا إجارةً لأنّ الصّانعَ يصنع في مِلكه، ولا سلماً لفوات شروطه. فلايستقيم تقعيدُه على أحدٍ من العقود المشروعة، فلا يجوز.

أمّا الحنفيّة، فقالوا: إنّ ماذكره المانعون هو القياس. غير أنّنا تركنا القياسَ استحساناً لمكان التّعامل. قال الإمام برهان الدين رحمه الله تعالى: "وجوّزناه بتعامل النّاس، فإنّ النّاسَ يعاملون الاستصناع في هذه الأشياء من لدُن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم إلى يومنا هذا من غير نكيرٍ وردٍ من الصّحابة رضي الله عنهم ولا من التّابعين. وتعاملُ النّاس من غير نكيرٍ وردٍّ من علماءِ كلّ عصرٍ حجّةٌ يُترك بها القياس، ويُخصّ بها الأثر. ألاترى أنّ دخولَ الحمّام بالأجر جائزٌ استحساناً لتعامُل النّاس من غير نكيرٍ من علماء كلّ عصرٍ،

(١) مرشد الحيران، مادّة ٥٥٦

(٢) كشاف القناع ٣: ١٥٤ ومواهب الجليل للحطاب، كتاب السلم ٦: ٥١٧ و٥١٨ وفتح القدير ٦: ٢٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وإن كان القياسُ يأبى جوازه، لأنّ مدّةَ ما يمكُث في الحمّام وقدرَما يستعمل من الماء مجهول."[1]

ويُستأنس لجواز الاستصناع بما صحّ عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه استصنع منبراً. فقد أخرج البخاريّ عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال: "أرسل رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم إلى فلانة، امرأة من الأنصار، سمّاها سهل: مُري غلامَك النّجّار أن يعمل لي أعواداً أجلسُ عليهنّ إذا كلّمتُ النّاس. فأمرَته، فعملها من طَرْفاء الغابة، ثمّ جاء بها، فأرسلتْ إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فأمر بها فوُضعت ههنا."[2]

وكذلك رُويَ عن النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنّه استصنع خاتماً، كما جاء في كتاب الشّمائل للترمذيّ عن أنس رضي الله تعالى عنه قال: "لمّا أراد النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أن يكتُب إلى العجم، قيل له: إنّ العجم لايقبلون إلاّ كتاباً عليه خاتم، فاصطنع خاتماً، فكأنّي أنظر إلى بياضه في كفّه."[3] والظّاهرُ أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم لم يصنعه بنفسه، وإنّما استصنع من آخر.

وإنّ الحديثين، وإن لم يكونا صريحين في أنّه كان مواعدةً أو معاقدةً، ولكنّ الظّاهرَ من التّعامل المستمرّ أنّه كان على وجه العقد.

والصّحيحُ من مذهب الحنفيّة أنّ الاستصناع معاقدةٌ، لامواعدةٌ محضة، لأنّ الإمام

---

(١) المحيط البرهاني ١٠: ٣٦٣

(٢) صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب الخطبة على المنبر، حديث ٩١٧ وراجع أيضا الأحاديث برقم ٤٤٨ و٩١٧ و٢٠٩٤ و٢٥٦٩

(٣) الشمائل للترمذيّ، باب ما جاء في ذكر خاتم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، حديث ٩١ وأصل الحديث أخرجه الشيخان وغيرهما

www.besturdubooks.wordpress.com

محمدبن الحسن رحمه الله تعالى ذكرفيه القياس والاستحسان، وهما لايجريان في المواعدة، ولأنه جوّزه فيمافيه تعاملٌ دونَ ما ليس فيه، ولو كان مواعدةً جاز في الكلّ، وسمّاه شراءً، فقال: "إذارآه المستصنع فهو بالخيار، لأنه اشترى مالم يَرَه"، ولأنّ الصانعَ يملك الدّراهمَ بقبضها، ولو كانت مواعيد لم يملكها.

ثمّ اختلفت تعبيراتُ الفقهاء الحنفيّة في تكييف هذا العقد. فصحّح صاحبُ الهداية أنّه ينعقد بيعاً من البداية، وأنّ المعقودَ عليه هوالعينُ المصنوع، دُون العمل، والمعدومُ قد يُعتبر موجوداً حُكماً. وقال ابنُ الهمام تحته: "وحين لزم جوازه، علمنا أنّ الشّارع اعتبر فيها المعدومَ موجوداً، وفي الشّرع كثيرٌ كذلك، كطهارة المستحاضة، وتسمية الذّابح إذا نسيها، والرّهن بالدّين الموعود. وقراءة المأموم."[1]

وذهب آخرون إلى أنّه إجارةٌ ابتداءً، وينعقد بيعاً قُبيل التّسليم. نقله ابن الهمام عن الذّخيرة، وجزم به الإمام برهان الدّين في المحيط، فقال: "ينعقد إجارةً ابتداءً، ويصيرُ بيعاً انتهاءً متى سلّم قبل التّسليم بساعة، بدليل أنّهم قالوا إنّ الصّانعَ إذا مات قبل تسليم العمل، بطل الاستصناع، ولايُستوفى المصنوعُ من تركته. ولو انعقد بيعاً ابتداءً وانتهاءً، لكان لايبطُل بموته، كما في بيع العين والسّلم. وقال محمّد رحمه الله تعالى: إن أتى به الصّانعُ، كان المستصنعُ بالخيار، لأنّه اشترى شيئاً لم يَرَه، ولو انعقد إجارةً ابتداءً وانتهاءً، لم يكن له خيارُ الرّؤية، كما في الخيّاط والصبّاغ، ولو كان ينعقد بيعاً عند التّسليم، لاقبله بساعة، لم يثبت خيارُ الرّؤية، لأنّه يكون مُشترياً ما

---

(١) فتح القدير ٦: ٢٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

رآه...فعلمنا أنّها تنعقد إجارةً ابتداءً، وإن كان القياسُ يأباه، لأنّه إجارةٌ على عملٍ في ملك الآجر، ثمّ يصيرُ بيعاً انتهاءً قبل التّسليم بساعة، وإن كان القياسُ يأبى أن يصير الإجارةُ بيعاً، لكنّا تركنا القياسَ في الكُلّ لمكان التّعامل، والمعنى في ذلك أنّ المستصنعَ طلب منه العملَ والعينَ جميعاً، فلا بدّ من اعتبارهما جميعاً، واعتبارُهما جميعاً في حالةٍ واحدةٍ متعذّرٌ، لأنّ بين الإجارة والبيع تنافياً، فجوّزناها إجارةً ابتداءً، لأنّ عدمَ المعقود عليه لايمنعُ انعقادَ الإجارة، ويمنعُ انعقادَ البيع، فاعتبرناها إجارةً ابتداءً، وجعلناها بيعاً قبل التّسليم بساعة، توفيراً على الأمرين حظّهما، كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض، اعتبرناها تبرّعاً ابتداءً عملاً باللفظ، بيعاً انتهاءً عملاً بالمعنى.»[1]

٢٧٢- هل الاستصناع عقد لازم؟

ثمّ المشهورُ من الفقهاء الحنفيّة أنّ عقدَ الاستصناع عقدٌ غيرُ لازم، بمعنى أنّ لكلّ واحدٍ من المتعاقدين الانفرادَ بالفسخ، كما في الشّركة والمضاربة.[2] ولكن هل يلزم المستصنعَ قبولُ المصنوع إن جاء به الصّانعُ حسبَ المواصفات المطلوبة؟ فيه خلاف. فقال الإمام أبوحنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى: للمشتري خيارُ الرّؤية، فيحقُّ له أن يردّه، لأنّه اشترى مالم يرَه، ولاخيارَ للصّانع حسب ظاهر الرّواية، وقال الإمام أبويوسف رحمه الله تعالى: لاخيارَ لأحدٍ منهما إن جاء الصّانعُ بالمصنوع على الصّفة المشروطة. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

---

(١) المحيط البرهاني ١٠: ٣٦٤و٣٦٥

(٢) المبسوط للسرخسي، كتاب البيوع، ١٢: ١٣٩و١٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

"وجهُ قول أبي يوسف أنّ الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصّفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناعُ من أخذه لكان فيه إضرارٌ بالصانع، بخلاف ما إذا قطعَ الجلدَ ولم يعملْ، فقال المستصنع: لاأريد، لأنّا لاندري أنّ العملَ يقع على الصّفة المشروطة أولا، فلم يكن الامتناعُ منه إضراراً بصاحبه، فثبت الخيار."

ثمّ رجّح الكاسانيّ رحمه الله تعالى قولَ الطّرفين وقال:

" وقولُ أبي يوسف إنّ الصّانع يتضرّر بإثبات الخيار للمستصنع مسلّمٌ، ولكنّ ضررَ المستصنِع بإبطال الخيار فوقَ ضرر البائع بإثبات الخيار للمستصنِع، لأنّ المصنوعَ إذا لم يلائمه وطولب بثمنه لايمكنه بيعُ المصنوع من غيره بقيمة مثله. ولايتعذّر ذلك على الصّانع لكثرة ممارسته، وانتصابه لذلك، ولأنّ المستصنِع إذا غرم ثمنه ولم تندفعْ حاجتُه، لم يحصُل ما شُرِع له الاستصناع، وهو اندفاع حاجته."[1]

هذا كلُّه على أصل مذهب الحنفيّة من كون الاستصناع عقد غير لازم. ولكن أفتى بعضُ المتأخّرين من علماء الحنفيّة بلزوم الاستصناع على الجانبين. وعلى هذا مشى التُّمرتاشيّ والحصكفيّ رحمهما الله تعالى في تنوير الأبصار والدّرّ المختار، فقالا:

"(صحّ) الاستصناع (بيعاً لاعدةً) على الصّحيح، ثمّ فرّع عليه بقوله: (فيُجبر الصّانع على عمله، ولايرجع الآمر عنه)"

وذكر ابنُ عابدين رحمه الله تحته أنّ المصنّف والشّارح تبعا في ذلك "الدُّرر

---

(١) بدائع الصنائع، كتاب الاستصناع ٥: ٩٥ و٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والغُرر" و"مختصر الوقاية"، ثمّ ذكر أنّه مخالفٌ لما في عدّة كتب الحنفيّة أنّه لاجبر فيه، وأوّله بأنّه إذا صار الاستصناع سلماً بتحديد الأجل بشهر أو أكثر، فيلزم على الطّرفين، لأنّ السّلم عقدٌ لازم. ولكنّ حملَ العبارة المذكورة على كونه سلماً بعيدٌ جداً. ثمّ ذكر لهذا القول وجهاً آخر، وهو أنّه قد صرّح في الهداية أنّه لاخيارَ للصّانع بعد ما رآه المستصنع، فالظّاهر أنّ هذا منشأُ توهّم المصنّف وغيره.[1]

ولكن أخذ مدوّنو مجلّة الأحكام العدليّة بقول اللّزوم حسبَ ما جاء في تنوير الأبصار وغيره، وبقول أبي يوسف رحمه الله تعالى في أنّ المستصنع لاخيارَ له بالرّؤية، فقالوا في مقدّمتها:

"وعند الإمام الأعظم أنّ المستصنعَ له الرّجوع بعد عقد الاستصناع، وعند الإمام أبي يوسف رحمه الله أنّه إذا وُجد المصنوع موافقاً للصّفات الّتي بُيّنت وقتَ العقد، فليس له الرّجوع. والحالُ أنّه في هذا الزّمان قد اتُّخذت معاملُ كثيرةٌ تُصنعُ فيها المدافعُ والبواخرُ ونحوُها بالمقاولة، وبذلك صار الاستصناعُ من الأمور الجارية العظيمة. فتخييرُ المستصنع في إمضاء العقد أو فسخه يترتّب عليه الإخلال بمصالحَ جسيمة، وحيثُ إنّ الاستصناعَ مستندٌ إلى التّعارف، ومقيسٌ على السّلم الشّرعيِّ على خلاف القياس بناءً على عُرف النّاس، لزم اختيارُ قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا مراعاةً لمصلحة الوقت."[2]

(١) راجع الدرالمختار مع ردّالمحتار ١٥: ٤٠٧و٤٠٨ فقره ٢٤٨٥٢

(٢) تقرير أصحاب المجلّة المقدّم إلى الصدر الأعظم في بداية مجلّة الأحكام العدليّة ص ١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى هذا الأساس نصّت المادة ۳۹۲ من المجلّة ما يأتي:

"إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرّجوع. وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبيّنة، كان المستصنع مخيّراً."

واعترض على هذه المادّة من المجلّة أنّ الأخذ بقول أبي يوسف في نفي خيار الرّؤية لا يستلزم كونَ العقد لازماً، لأنّ الإمام أبايوسف رحمه الله تعالى لا يرى العقد لازماً، ويجوز عنده أن يفسخ أحدُ الطّرفين العقدَ قبل إتمام العمل، كما سبق في عبارة البدائع، حيث جوّز أبويوسف رحمه الله تعالى للمستصنع أن يفسخ العقدَ بعد قطع الصّانع جلده، وإنّما يجعله الإمام أبويوسف لازماً بعد ما رآه المستصنع، وأقرّه بعد إتمام العمل. وجعله أصحابُ المجلّة عقداً لازماً، زعماً منهم بأنّه قولُ أبي يوسف.

ولدفع هذا الاعتراض فسّر العلاّمة خالد الأتاسي رحمه الله تعالى أوّلَ هذه المادّة في شرح المجلّة بعين ما فسّر به ابنُ عابدين قولَ تنوير الأبصار من أنّه إنّما يلزم إن عُقد سلماً. وقال: "ينبغي أن تُحمَل الفقرةُ الأولى من المادّة على هذا المراد، لموافقته للنّصوص المعتبرة."[1]

ولكنّ الّذي يظهر أنّ أصحابَ المجلّة جعلوه عقداً لازماً من البداية. وليس بعد إتمام العمل فقط، ووجّهوه بأنّه قولُ أبي يوسف رحمه الله تعالى، لأنّ أبايوسف رحمه الله تعالى رُويت عنه في لزوم العقد رواياتٌ مختلفة. قال الإمام برهان الدّين رحمه الله تعالى: "الرّواياتُ في لزوم الاستصناع وعدمِ اللّزوم مختلفة" ثمّ قال:

---

(۱) شرح المجلّة للأتاسي ۲: ۴۰۷

www.besturdubooks.wordpress.com

"قال أبو يوسف أولاً: يُخيّرُ المستصنِع دون الصّانع، وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى. ثم رجع أبو يوسف عن هذا، وقال لاخيار لواحدٍ منهما، بل يُجبرُ الصّانعُ على العمل، ويُجبر المصنوع (كذا في المطبوع، والظاهر أنّ الصّحيح "المستصنع") على القبول. وجهُ ما رُوي عن أبي يوسف أنّه يُجبر كلّ واحدٍ منهما: أمّا الصّانع، فلأنّه ضمِن العمل، فيُجبرُ على العمل. وأمّا المستصنِع، فلأنّه لو لم يُجبر على القبول، يتضرّر به الصّانع."[1]

فظهر بهذا أنّ كونَ العقد لازماً هو الّذي رجع إليه أبو يوسف رحمه الله تعالى. فلعلّ أصحابَ المجلّة أخذوا بهذا القول نظراً إلى المشاريع الكبيرة الّتي تحتاجُ إلى عقدٍ باتٍّ لازم، كما صرّحوا به في التّقرير المذكور، ونظراً إلى أنّ الصّحيحَ عند الحنفيّة إمّا كونُ الاستصناع بيعاً من البداية، أو إجارةً ابتداءً وبيعاً انتهاءً، كما أسلفنا، وكلٌّ من البيع والإجارة عقدٌ لازم،[2] وبما أنّ العقدَ إنّما شُرع بالتّعامل، فلو وقع التّعاملُ على لزومه، وخاصّةً في المشروعات الكبيرة، فليس هناك مانعٌ شرعيٌ. وعلى هذا لاداعي لنسبة السّهو والتوهّم إلى "تنوير الأبصار" و"الدّرر والغرر" و"مختصر الوقاية"، فإنّ ما نصّوا به يمكن حملُه على هذا القول لأبي يوسف رحمه الله تعالى. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) المحيط البرهاني ١٠: ٣٦٥

(٢) غير أنّ الإجارة تُفسخ بالأعذار، فيجب على القول بلزوم الاستصناع أن يجوز الفسخ من طرف واحد لعذر كما في الإجارة، وراجع لتفصيل الأعذار المحيط البرهاني ١١: ٣٧٠ كتاب الإجارة، فصل ١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٧٣ـ شروط صحّة الاستصناع

ويجب لصحّة الاستصناع أن تتوافر فيه شروطٌ نذكرها ومايتعلّق بها فيما يلي:

الشّرط الأوّل: أن يكونَ المعقودُ عليه ممّا يحتاج إلى صنعة، فلا يمكن الاستصناعُ فيما لاصنعةَ فيه، مثلِ الحنطة أو الشّعير أوالمنتجات الزّراعيّة الأخرى.

٢٧٤ـ والشّرط الثاني: أن يحدّد المعقود عليه بمواصفاتٍ منضبطة، فلا يجوز أن يكون محلُّ الاستصناع شيئاً معيّناً بذاته، مثل سيّارة معيّنة.

٢٧٥ـ والشّرط الثّالث: أن لايُضرب لتسليم المعقود عليه أجلٌ للاستمهال. فإن ضُرب له أجلٌ فيما لاتعامُل فيه، صار سلماً باتفاق أئمّة الحنفيّة. وأمّا إذا ضُرب أجلٌ في ما فيه تعاملٌ للنّاس بالاستصناع، صار سلَماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. فيُشترط تعجيلُ رأس المال، خلافاً لصاحبيه، فإنّه لايصيرُ سَلماً عندهما. ولكن ذكر مشايخُ الحنفيّة أنّ هذا الخلافَ فيما إذا كان الأجلُ للاستمهال من الصّانع. أمّا إذا كان للاستعجال، فلا يصير سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وهذا إذا كان ذكرُ المدّة على سبيل الاستمهال. أمّا إذا كان على سبيل الاستعجال، بأن قال: على أن يفرُغ منه غداً أو بعد غد، فهذا لايكون سلماً، لأنّ ذكر المدّة للفراغ من العمل، لالتأخير المطالبة بالتّسليم. ألاترى أنّه ذكر أدنى مدّة يمكنه الفراغُ فيها من العمل. ويُحكى عن الهندوانيّ قال: إن كان ذكرُ المدّة من قِبَل المستصنع، فهو للاستعجال، ولايصيرُ به سلماً، وإن كان الصّانعُ هو الّذي ذكر المدّة، فهو سَلَمٌ، لأنّه يذكر على سبيل الاستمهال. وقيل: إن ذَكَر

www.besturdubooks.wordpress.com

أدنى مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل، فهو استصناع، وإن كان أكثرَ من ذلك، فهو سَلَم، لأنَّ ذلك يختلف باختلاف الأعمال، فلايمكن تقديرُه بشيئ معلوم."[1]

وحاصله أنّ مقصودَ المسلَم إليه في السَّلم أن يحصُل على نقدٍ حالاً، لينتفعَ به في حاجاته إلى الأجل المضروب. فمقصودُ ضربِ الأجل هو الاستمهال للانتفاع بالنّقود، فإن ضُرِب الأجلُ في الاستصناع لعَينِ هذا المقصودِ صار سلماً. أمّا إذا ضُرِب الأجلُ للتّمكن من إعداد المصنوع حسبَ المواصفات، وليس المقصودُ الانتفاع بالنّقود إلى ذلك الأجل، فهذا التّأجيلُ من طبيعةِ العقد، وهو الّذي ذكروا فيه أنّه للاستعجال، لا للاستمهال. وينبغي أن يُراعى في تحديد مدّة الاستعجال أنّ الصّانعَ عنده طلباتٌ من عدّة مستصنعين، وهو يُعِدّ المصنوعات المطلوبة منهم واحداً تِلو الأخرى. فإن حدّد مدّةً يفي بطلبِ المستصنعِ بعدَ الإيفاء بطلباتٍ أخرى. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٧٦– الشّرط الرّابع: أن يُعقدَ الاستصناعُ فيما فيه تعاملٌ بالاستصناع. فما ليس فيه تعامل، لايجوزُ فيه الاستصناع. وهذاالشّرطُ ذكره جميعُ فقهاء الحنفيّة،[2] لأنّ الاستصناعَ إنّما شُرِع على أساس التّعامل، فلو لم يكن هناك تعاملٌ، فُقِد مبررُّه، فلم يجُزْ. ولذلك قالوا: لايجوز الاستصناع لنَسْج الثّياب.

ثمّ لو وقع الاستصناعُ على ما لاتعاملَ فيه، وذُكر فيه الأجلُ على سبيل الاستعجال، أو

---

(١) المبسوط للسرخسي، كتاب البيوع ١٢: ١٤٠

(٢) راجع مثلاً ردّالمحتار ١٥: ٤٠٣

www.besturdubooks.wordpress.com

لم يُذكر الأجل، اضطربت فيه عبارات المتأخّرين. فالمفهومُ من اشتراط التّعامل لصحّة الاستصناع أن لايصحّ فيما ليس فيه تعاملٌ أصلاً. ولكن جاء في الدّر المختار:

"ولم يصحّ فيما لم يُتعامل فيه، كالثّوب إلاّ بأجل كمامرّ (يعني أنّه يكون سلماً) فإن لم يصحّ، فسد إن ذُكرالأجلُ على وجه الاستمهال، وإن للاستعجال، كعلى أن تفرغه غداً، كان صحيحاً."

وظاهرُه أنّ الاستصناعَ يصحّ في ما لاتعامُل فيه إن كان الأجلُ للاستعجال، ولهذا قال ابنُ عابدين تحته:

"وظاهرُه أنّه لو لم يذكر أجلاً أصلاً فيما لم يَجْرِ فيه تعاملٌ، صحّ، لكنّه خلافُ ما يُفهم من المتن، ولم أره صريحاً، فتأمّل."[1]

وكذلك جاء في المادّة ٣٨٩ من مجلّة الأحكام العدليّة:

"كلّ شيئٍ تعومل استصناعُه، يصحّ فيه الاستصناع على الإطلاق. وأمّا ما لم يُتعامل باستصناعه، إذا بُيّن فيه المدّةُ صار سلماً، وتُعتبر فيه شرائط السّلم. وإذا لم يُبيّن فيه المدّة، كان من قبيل الاستصناع أيضاً."

وظاهرُه أنّ الاستصناع جائزٌ فيما لاتعامُلَ فيه إن لم تُذكر المدّةُ في العقد. وعلى هذا لايبقى هناك فرقٌ بين ما فيه تعاملٌ وما لاتعاملَ فيه. وقد حلّ العلاّمة خالد الأتاسيّ رحمه الله تعالى هذ الإشكالَ في شرح المجلّة، فقال:

"وإن لم يُبيّن فيه (أي في الاستصناع) مدّة، فهو استصناعٌ فاسد منهيٌّ عنه، فهو

(١) ردّالمحتار ١٥: ٤١١ فقره ٢٤٨٦٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وإن كان فاسداً، لكن بعد وقوعه يأخذُ حكمَ الصّحيح، وقد أشارت المجلّة إلى هذا بقولها: "كان من قبيل الاستصناع" أي تجرى فيه أحكامُ الصّحيح، وإن لم يكن استصناعاً مشروعاً. والّذى يظهر للعبد الضّعيف زلّةُ قلم بعض الشرّاح هنا حيثُ ظنّ من عبارة المجلّة "كان من قبيل الاستصناع أيضاً" ومن أخذه أحكامَ الصّحيح أنّه قولٌ فى المذهب بأنّه صحيح، وأنّ المجلّة اختارته، مع أنّه مصادمٌ لما أجمعوا عليه من أنّ الاستصناعَ لايكونُ إلاّ فى ما فيه تعامل. وبعضهم، وهو الفاضل على حيدر آفندى، اعترض عليه وعلى المجلّة ظانّاً أنّه حيثُ كان فاسداً، لايصحّ وقوعُه استصناعاً. وهذا وهمٌ. والحقيقةُ أنّ المجلّة لم تغلط بقولها "كان من قبيل الاستصناع أيضاً" لأنّ من العقود ما يكون فاسداً منهيّاً عنه، وبعد وقوعه يأخذ حكمَ الصّحيح، كالمبيع بعقد فاسد يدخل فى ملك المشترى بالقبض، والرهنُ الفاسد بشيوعٍ أو غيره إذا كان سابقاً على الدَّين يأخذ حكمَ الصّحيح بعد وقوعه، حتّى لو نقض الراهنُ العقدَ بحكم الفساد وأراد استردادَ المرهون، كان للمرتهن حقٌّ حبسه حتّى يؤدى إليه الرّاهنُ ما قبض، وإذا مات الرّاهن، وعليه ديونٌ كثيرةٌ، فالمرتهنُ أولى من سائر الغرماء. قال فى التنوير: "كلّ حكمٍ فى الرّهن الصحيح، فهوالحكم فى الرّهن الفاسد" فعُلم من هذا أنّه لايلزم من عدم جواز إيقاع الفاسد أن لايترتّب عليه حكمٌ بعد وقوعه. يُشير إلى هذا عبارةُ المجلّة: كان من قبيل الخ"[1]

(١) شرح المجلّة للأتاسي ٢: ٤٠٤و٤٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وهذا كلامٌ متينٌ جداً، وبه تنطبق النّصوص الفقهيّة الّتي ذكرناها، والله سبحانه أعلم.

٢٧٧- المراد من التّعامل في الاستصناع

وممّا ينبغي ذكره تعيينُ المراد بالتّعامل المشروط لصحّة الاستصناع. هل يجب لتحقّق ذلك أن يكون فيه تعاملٌ منذ عهد الصحابة والتّابعين، أم يُعتبر التّعامل الحادث أيضاً؟ لم أرَ فيه تصريحاً من قِبل أصحاب المذهب في مبحث الاستصناع. ولكن تعرّض له ابنُ عابدين رحمه الله تعالى في رسالته "نشر العَرف"، فقال:

"فإن قلت: إنّ ما قدّمتَه من أنّ العرف العامّ يصلُح مخصّصا للأثر ويُترك به القياس، إنّما هو فيما إذا كان عامّاً من عهد الصّحابة ومَن بعدهم، بدليل ما قالوا في الاستصناع: إنّ القياسَ عدمُ جوازه، لكنّا تركنا القياس بالتّعامل به من غير نكيرٍ من أحد الصّحابة، ولا من التّابعين، ولا من علماء كلّ عصر، وهذا حجّةٌ يترك به القياس؛ قلت: مَن نَظرَ إلى فروعهم عَرفَ أنّ المراد به ما هو أعمُّ من ذلك. ألا ترى أنّه نُهيَ عن بيع وشرط، وقد صرّح الفقهاء بأنّ الشّرط المتعارَف لا يُفسِد البيعَ، كشراء نعلٍ على أن يحذوها البائع، أي يقطعها. ومنه ما لو شرى ثوبا أو خفّا خَلِقًا على أن يرقّعه البائع ويخرزه ويسلّمه، فإنّهم قالوا يصحّ للعرف. فقد خصّصوا الأثرَ بالعُرف، وإنّما يصحّ دعواكَ تخصيصَ العُرف العامّ بما ذكرته إذا ثبت أنّ ما ذُكر من هذه المسائل

www.besturdubooks.wordpress.com

ونحوها كان العُرف فيها موجوداً زمنَ المجتهدين من الصّحابة وغيرهم، وإلاّ فيبقى على عمومه مراداً به ما قابلَ العرف الخاصّ ببلدة واحدة، وهو ما تعامله عامّةُ أهلِ البلاد، سواءٌ كان قديماً أو حديثاً."[1]

ومعنى ذلك أنّ العُرفَ الحادثَ معتبرٌ كالعُرف القديم. وعلى هذا جرى به عملُ العلماء في كلّ زمان، لأنّ ماصرّحوا بجواز الاستصناع فيه بالتّعامل، مثل أواني الحديد والرّصاص والنّحاس والزّجاج والخِفاف والنّعال ولُجُم الحديد للدوابّ ونصول السّيف والسّكاكين والقِسيّ والنّبال والسّلاح كلّه والطّشت والقمقمة،[2] لم يثبت في كلّ واحدٍ واحدٍ من هذه الأشياء التّعاملُ منذ عهد الصّحابة والتّابعين، وإنّما جرى فيها التّعاملُ شيئاً فشيئاً، وقد حكمَ العلماءُ بالصحّة في كلّ ما جرى به التّعامل في عهدهم، ولذلك ذكر أصحابُ المجلّة الاستصناعَ في ما يُصنع في المعامل الجسيمة من المدافع والبواخر. وظاهرٌ أنّها لم تكن موجودةً في عهد الصّحابة والتّابعين. وكذلك جرى العملُ اليوم بالاستصناع في المباني الكبيرة وغيرها من غير إنكار العلماء، فظهر أنّ التّعاملَ الحادثَ معتبرٌ في جواز الاستصناع.

وعلى هذا، ماصرّحوا فيه بعدم جواز الاستصناع لفقدِ التّعامل، مثل الثّياب، لو جرى باستصناعها التّعاملُ، ينبغي أن يجوزَ فيها الاستصناع. قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى:

"البابُ الثّاني فيما إذا خالف العُرفُ ما هو ظاهرُ الرّواية، فنقول: إعلم أنّ

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف ٢: ١٢٤ و ١٢٥

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٩٤

www.besturdubooks.wordpress.com

المسائل الفقهية إمّا أن تكون ثابتةً بصريح النّص وهي الفصل الأول، وإمّا أن تكون ثابتةً بضرب اجتهاد ورأي، وكثيرٌ منها يبنيه المجتهدُ على ما كان في عُرف زمانه، بحيثُ لو كان في زمان العرف الحادث، لقال بخلاف ما قاله أولاً، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد إنّه لا بدّ فيه من معرفة عادات النّاس، فكثيرٌ من الأحكام تختلف باختلاف الزّمان، لتغيّر عُرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزّمان، بحيثُ لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقّة والضّرر بالنّاس، ولخالف قواعدَ الشّريعة المبنيّة على التّخفيف والتّيسير ودفع الضّرر والفساد لبقاء العالم على أتمّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا ترى مشايخَ المذهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنّه لو كان في زمنهم، لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه."[1]

فإن قيل: إنّ التّعامل يحدث شيئاً فشيئاً. فمن عقدَ الاستصناع لأول مرّة فيما لم يجرِ فيه التّعاملُ حينئذٍ، ينبغي أن لايجوز، وكذلك من تبعه، فالجواب على ما أسلفنا عن العلاّمة خالد الأتاسيّ رحمه الله تعالى من أنّ من العقود ما يكون فاسداً منهيّاً عنه، وبعد وقوعه يأخذُ حكمَ الصّحيح، كالمبيع بعقدٍ فاسدٍ يدخُل في ملك المشتري بالقبض. فما لم يثبت التّعامل العامّ يُنهى عنه، ولكنّه بعد وقوعه يأخذُ حُكمَ الصّحيح، إلى أن يثبت فيه التّعامل، فيخرج من قبيل المنهيّات أيضاً.

ومقتضى هذا أنّ ماصرّحوا بعدم جواز الاستصناع فيه لعدم التّعامل، كالثّياب، لو

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين رحمه الله تعالى، رسالة "نشر العرف" ٢: ١٢٥

www.besturdubooks.wordpress.com

جرى فيه التّعامل، جاز فيه الاستصناع. وقد حدث هذا في زماننا، إذ تُجّارُ الثّياب، ولاسيّما تُجّارُ الأقمشة الجاهزة، يستصنعونها من المعامل والمصانع، وإنّ المعاملَ إنّما تصنعُ الأقمشةَ حسب ما تتسلّم الطّلباتِ منهم، فينبغي جوازُ ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وقد نحا العلاّمة الشّيخ فتح محمد اللكنويّ (تلميذ الإمام عبدالحيّ اللكنويّ رحمهما الله تعالى) منحىً آخر، فقال: إنّ اشتراط العُرف لجواز الاستصناع مبنيٌّ على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى الّذي يُثبت خيار الرُّؤية للمستصنع، فإنّ الصّانع ربّما يتضرّر بالرّد، فلم يجز إلاّ ما فيه تعامل. أمّا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الّذي يجعل العقد لازماً، ولايُثبت خيارَ الرّؤية إذا كان المصنوع موافقاً للمواصفات، فلا ضررَ فيه على الصّانع، فلا يُشترط العرفُ والتّعامل.[1] والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٧٨- أحكام المصنوع

١- يجبُ أن يكون المصنوع موافقاً للمواصفات الّتي اتّفق عليها الطّرفان، ولايجوز أن يُعقد الاستصناع على شيئ معيّنٍ مصنوعٍ من قبلُ.

٢- إذا وقع العقدُ على أساس المواصفات، لاعلى شيئ معيّن، ولكن أتى الصّانعُ عند التّسليم بشيئ مصنوعٍ من قبلُ، جاز إن كان موافقاً للمواصفات المعقود عليها. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى: "فإن جاء الصّانعُ بمصنوعِ غيره، أو بمصنوعه قبل

(١) عطر هداية ص١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد، فأخذه صح.»[1]

٣- والمصنوع قبل التسليم ملك للصانع، ولهذا ذكر الفقهاء أنه يجوز له أن يبيعه من غيره، كما في الدر المختار: "فصح بيع الصانع لمصنوعه قبل رؤية آمره." وعلق عليه ابن عابدين بقوله: "الأولى: قبل اختياره، لأن مدار تعينه له على اختياره، وهو يتحقق بقبضه قبل الرؤية."[2] ولكن ينبغي أن يقيد جواز البيع من الغير بشرط أن يتمكن الصانع من تسليم مثله إلى المستصنع في موعده، فإن لم يتمكن، لايجوز له بيعه إلى غير المستصنع، لا لأنه ليس ملكاً له، بل لأنه يؤدي إلى عدم التسليم إلى المستصنع في موعده المعقود عليه، وقد مر ترجيح أن الاستصناع عقد لازم. ويجوز ضرب الأجل فيه للاستعجال.

٤- إن المصنوع قبل التسليم مضمون عليه، فيتحمل الصانع جميع تبعات الملك من صيانته وحفظه، فإن هلك قبل التسليم هلك من مال الصانع.

٥- وبما أن المصنوع ملك للصانع، وليس ملكاً للمستصنع قبل التسليم، فلا يجوز للمستصنع أن يبيعه قبل أن يسلم إليه.

٦- تبرأ ذمة الصانع بتسليم المصنوع إلى المستصنع، أو تمكينه منه بالتخلية، أو تسليمه إلى من يحدده المستصنع وكيلاً عنه في القبض، وبهذا ينتقل ضمان المصنوع من الصانع إلى المستصنع.

٧- إذا كان المصنوع وقت التسليم غير مطابق للمواصفات، فإنه يحق للمستصنع أن

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار ٥: ٤٠٩

(٢) رد المحتار ٥: ٤٠٩ فقره ٢٤٨٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

يرفضه، أو أن يقبله بحاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء، ويجوز للطرفين أن يتصالحا على القبول، ولو مع الحطّ من الثمن. أمّا إذا كان موافقاً للمواصفات، فليس فيه خيارُ الرؤية للمستصنع.

٨- يجوز التّسليمُ قبل الأجل، بشرط أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات لأنّ الأجلَ فيه للاستعجال لا للاستمهال كما مرّ.

٩- إذا امتنع المستصنِعُ عن قبض المصنوع بدون حقٍّ بعد التّخلية من الصّانع وتمكينه من القبض، يكونُ المصنوع أمانةً في يد الصّانع، لايضمنه إلاّ بالتعدّي أو التّقصير، ويتحمّل المستصنع تكلفةَ حفظه.

١٠- يجوز أن يُنصّ في عقد الاستصناع أنّ المستصنِع إن تأخّر في قبض المصنوع مدّةً معيّنةً بعد وقوع التّخلية والتّمكين من الصّانع، فإنّ المستصنع يوكّله ببيعه على حسابه،[1] ويستوفي منه ثمن الاستصناع، وإن وجدت زيادةٌ، يردّ إليه، وإن وُجد نقصٌ رجع على المستصنع بالفرق. وتكلفة البيع على المستصنع.[2]

٢٧٩- الاستصناع في البنايات

وقد تُعورف في زماننا الاستصناعُ في البنايات. وله صُورتان:

---

(١) والتّوكيل ممّا يقبل التّعليق. ذكرابن عابدين عن البزّازيّة: "تعليق الوكالة بالشّرط جائز، وتعليق العزل به باطل." (ردّالمحتار، متفرقات البيوع، ١٥: ٤٩٢ و٤٩٣ فقره ٢٥٠٧١)

(٢) المسائل المذكورة في الفقرات ٦ إلى ١٠ مأخوذة من المعيار الشّرعيّ "الاستصناع والاستصناع الموازي" رقم ١١ من المعايير الشّرعيّة الصّادرة عن المجلس الشّرعيّ للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

الصورة الأولى: أن تكون الأرضُ مِلكاً للمستصنِع، ويطلُب مالكُ الأرض من المُقاوِل[1] أن يبنيَ عليها عمارةً حسبَ تصميم معيَّن. فإن كانت المقاولةُ لعمل البناء فقط، والموادُ كلُّها من قِبل صاحب الأرض، فالعقدُ ليس استصناعاً، وإنّما هو إجارةٌ تنطبق عليها أحكامُ إجارةِ الأشخاص. وأمّا إذا كانتِ المقاولةُ تشملُ عملَ البناء مع توفير الموادَ من قِبل المُقاوِل، فهو استصناع. أمّا إذا كان بعضُ الموادَ من المقاوِل وبعضُها من صاحب الأرض، فإن كان مايُقدّمه المقاوِلُ شيئاً يسيراً، يمكن أن يأخذ حكمَ الإجارة، ويُقاسَ على ما ذكره الفقهاء من إجارةِ الكاتب ليكتُب كتاباً بحِبره، أو إجارةِ الصبّاغ ليصبغ ثوبَه بصبغٍ من عنده. جاء في المحيط البرهاني:

"لو استأجر صبّاغاً يصبغُ له الثوب، فإنّه جائز. وطريقُ الجواز أن يُجعلَ العقدُ وارداً على فعل الصبّاغ، والصّبغ يدخل فيها تبعاً، فلم تكن الإجارةُ واردةً على استهلاك العين مقصوداً."[2]

وأمّا إذا كانت معظمُ الموادِ أوالجوهريّةُ منها من قِبل المقاول، فالظّاهر أنّه استصناع.

ولو شرع الصّانعُ في بناءِ المشروع على أرضِ المستصنع، ثمّ انفسخ العقدُ لسببٍ من الأسباب، وجب تصفيةُ العمليّة بحالتِها الرّاهنة، إمّا بدفع الثّمن بنسبة ما تمّ من

(١) التعريف القانونيّ لعقد المقاولة أنّه: "عقدٌ يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر." (الوسيط فى شرح القانون المدني للسنهوري: ٧: ٥) فالمقاولة فى القانون يشمل الاستصناع والإجارة.

(٢) المحيط البرهاني، كتاب الإجارة، الفصل العاشر ١١: ٢٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

العمل،[1] مثل أن يكون ماتمّ من العمل نصفَ العمل المعقود عليه، فيدفعُ نصفَ الثمن، أو يُعطى الصانعُ ثمنَ المثل للموادّ التي قدّمها، وأجرةَ المثل لعمله، أوبطريقٍ آخر للتّصفية يتراضى عليه الطّرفان، وبهذا يكونُ ما تمّ من البناءِ ملكاً للمستصنِع. ويحقُّ له أن يعقد مع مُقاولٍ آخر لإتمام البناء على أساسِ الإجارة أو الاستصناع.

٢٨٠– والصّورة الثانية: أن تكونَ الأرضُ مِلكاً للصّانع، ويطلب منه المستصنعُ أن يبنيَ عليها بيتاً، أو مكتباً أو دكّاناً. ومنه ما جرى به العملُ من أنّ صاحبَ الأرض الخالية يعمل خِطّةً لبناءٍ كبيرٍ يحتوي على شُقَقٍ سكنيّة، أو مكاتبَ أو محلاّت، ثمّ يدعو النّاسَ للاكتتاب، فيدفعون إليه مبالغَ، ثمّ يُسلّم إليهم الشُّقق بعد اكتمالها، فهو مخرَجٌ على الاستصناع، فالمكتتِبون يعقِدون مع صاحب الأرض استصناعَ الشُّقّة أو المكتب أومحلٍّ تجاريٍّ بمواصفاتٍ معلومة حسب التّصميم. فيجوزُ ذلك بشروطِ الاستصناع. ولكنّ ما يفعلُه بعضُ النّاس من بيع الشُّقّة أو المكتب قبل اكتمال بناءه، وقبل أن يقع التّسليم، فإنّه لايجوزُ لما ذكرنا من أنّ المصنوعَ ليس مِلكاً للمُستصنِع قبل التّسليم، فهو بيعُ لما لايملكُه الإنسان، وهو ممنوعٌ بنصّ الحديث.

ويجوز للمستصنِع اشتراطُ أن يصنعَه الصّانعُ بنفسه، فإذا اشترط ذلك وقبله الصّانع، وجب عليه صُنعُه بنفسه، فلايجوز له أن يُفوّض العملَ إلى غيره، أو أن يأتيَ بما هو مصنوعُ غيره، إلاّ أن يرضاهُ المستصنِع. وذلك لأنّ الاستصناعَ يأخذُ حكمَ الإجارة

---

(١) نظيره ما ذكره الفقهاء من أنّ من استأجر كرياً للحجّ ذهاباً وإياباً، فمات بعد الحجّ، فإنّ الكري يستحقّ الأجر بنسبة ما تمّ من عمله (راجع المبسوط للسرخسيّ، كتاب الإجارة، باب الكراء إلى مكّة ١٦: ٢٢)

www.besturdubooks.wordpress.com

من وجه، وإذا اشترط المستأجرُ عملَ الأجير بنفسه، جاز هذا الشَرط،[1] فكذلك في الاستصناع. أمّا إذا لم يكن هناك شرطٌ من المستصنع أنَ الصّانعَ يصنعه بنفسه، فيجوز له أن يُفوض العمل إلى غيره، أو يعقد مع آخر استصناعاً موازياً، ولكن يجبُ أن لايكون هناك ربطٌ بين العقدين، وأن تكونَ الحقوقُ والالتزاماتُ النّاشئةُ عن الاستصناع الموازي مستقلّةً عن الاستصناع الأوّل، بمعنى أنّ الصّانعَ إن أخلّ بالتزاماته في الاستصناع الموازي، فإنّ الصّانع في الاستصناع الأوّل لايتحلّل من التزاماته.

٢٨١– أحكام ثمن الاستصناع

١– يجبُ أن يكونَ ثمنُ الاستصناعِ معلوماً عند إبرامِ العقد.

٢– لايجبُ أن يكون الثّمنُ معجّلاً كما في السّلم، بل يجوز أن يكونَ معجّلاً أو مؤجّلاً أو مقسّطاً، ويجوز أيضاً أن تكون أقساطُ الثّمن مرتبطةً بالمراحلِ المختلفة لإنجاز المشروع، إذا كانت تلك المراحلُ منضبطةً في العُرف، بحيثُ لاينشأ فيها نزاع.

٣– الثّمنُ المدفوعُ مقدّماً عند إبرام العقدِ مملوكٌ للصّانعِ يجوزله الانتفاع والاسترباحُ به، وتجبُ عليه الزّكاة فيه، ولكنّه مضمونٌ عليه بمعنى أنّه إذا انفسخ العقدُ لسببٍ من الأسباب، يجبُ عليه ردُّ الثّمن على المستصنع، ويكون ربحه

---

(١)كما في كنز الدقائق: "ولايستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه. وإن أطلق فله أن يستأجر غيره." (الكنز مع البحر٧: ٥١٦)

www.besturdubooks.wordpress.com

للصانع بحكم الضمان، تخريجاً للثمن المقدّم في الاستصناع على الأجرة المقدّمة أو ما اشتُرط تعجيله في الإجارة.[١]

٤- يجوز أن يكون ثمنُ الاستصناع منفعةً، ولايجبُ أن يكونَ عيناً. لأنّ المنفعةَ تصلُح أن تكون ثمناً في كلٍّ من البيع والإجارة. قال ابن نُجيم ناقلاً عن القنية: "بعتُك عبدي بمنافعِ دارك سنةً، لايجوز. ثمّ رقم: هذا بيعٌ في حقّ العبد، إجارةٌ في حقّ الدار، فإنّه جائز."[٢] وقال أيضاً: "لأنّ المنفعةَ يجوز أن تكونَ أجرةً للمنفعة، إذا كانت مختلفةَ الجنس، كاستئجار سُكنى الدار بزراعة الأرض. وإن اتّحد جنسُهما لايجوز، كاستئجار الدار للسّكنى بالسّكنى، وكاستئجار الأرض للزّراعة بزراعة أرضٍ أخرى، لأنّ الجنسَ بانفراده يُحرِّم النّساء."[٣] وهذا عند الحنفيّة، ويجوز عند الشّافعيّة والحنابلة عند اتّحاد الجنس أيضاً،[٤] وكذلك عند المالكيّة.[٥]

٢٨٢-عقود البناء والتّشغيل (BOT)

وعلى هذا الأساس، يمكن تخريجُ العقود التي تُسمّى "عقود البناء والتّشغيل" (Build, Operate and Transfer) وحقيقةُ هذه العقود أنّ الحكومةَ تُفوّض بناءَ

---

(١) قال النّسفيّ في الكنز: "والأجرةُ لاتُملك بالعقد، بل بالتّعجيل، أو بشرطه، أو بالاستيفاء، أو بالتّمكّن." وقال ابن نُجيم تحته: "وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن المستأجر لو باع المؤجر بالأجر شيئاً وسلّم جاز لتضمنه اشتراط التعجيل، فتقع المقاصّة بينهما، فإن تعذّر إيفاء العمل رجع بالدراهم دون المتاع." (البحر الرائق، كتاب الإجارة، ٧: ٥١١)

(٢) البحر الرائق، كتاب البيوع ٥: ٤٦٤

(٣) البحر الرائق، أول كتاب الإجارة ٧: ٥٠٨

(٤) المغني لابن قدامة، كتاب الإجارة ٦: ١٢

(٥) المدوّنة الكبرى ٣: ٣٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مشاريعِ الشّوارع العامّة، أو الجسور، أو غيرها من مشاريع البنية التحتيّةإلى جهة مختصّة تلتزم إنجازَ المشروع في مدّة معلومة، وتمنحُها الحكومةُ حقَّ تشغيل هذه الشّوارع، أوالجسور، إلى مدّة معيّنة، والحصول على ما يُدرّ من دخل بتقاضي الرّسوم عن العامّة الّذين يستخدمونها بالمرور عليها. وبعد انقضاء تلك المدّة، يُسلَّم المشروعُ إلى الحكومة. وتكييفُه الفقهيّ أنّه استصناعٌ من قِبَل الحكومة. وثمنُه منفعةُ المشروعِ نفسِه إلى مدّة متّفق عليها بين الطّرفين. وقد بيّنتُ تفاصيلَ هذا التّكييف، والمسائلَ الفقهيّة المتعلّقة به، في بحث مستقلّ باسم "عقود البناء والتّشغيل" يمكن مراجعتُه عند الحاجة.[1]

٥- لا يجوز تحديدُ ثمنِ الاستصناع على أساس المرابحة، بأن يحدّد الثّمنُ بالتّكلفة وزيادةٍ معلومة، لأنّ محلّ المرابحة يجبُ أن يكونَ شيئاً موجوداً مملوكاً معلومَ الثّمن عند العقد. وعقدُ الاستصناع يُبرَم قبل التّملّك، لأنّه بيعُ موصوفٍ في الذّمّة غيرُ معيّن، ولأنّ التّكلفة لاتُعرَف إلّا بعدَ الإنجاز، والثّمنُ يجب أن يكونَ معلوماً عند العقد.[2]

هذا ما مشى عليه المجلس الشّرعيّ ، ولكن تحتاج المسئلة إلى إعادة نظر في ظروفنا حيثُ إنّ المشروع يحتاج إلى وقت طويل ربما تتذبذب فيه الأسعار ويصعب تقدير التكلفةفي بداية العقد.

٦- إن طرأت ظروفٌ تستدعي تعديلَ ثمنِ الاستصناع زيادةً أو نقصاً، فإنّه يجوز باتّفاق الطّرفين. وينبغي أن يجوز اتّفاقُ الطّرفين على معيار لتّعديل في بداية العقد، مثل أن

(١) راجع "بحوث في قضايا فقهية معاصرة" ٢: ١٣١

(٢) المعايير الشرعية للمؤسسات لمالية الإسلامية، المعيار رقم ١١ بند ٣|٢|٥

www.besturdubooks.wordpress.com

يتفقا على أنه إن زاد سعرُ الاسمنت أو الحديد في استصناع بناء بنسبة معلومة، فإنّ الثمنَ يزيد أو ينقص بتلك النّسبة. وهذا ممّا لامحيصَ عنه في الظّروف الّتي تتذبذب فيها الأسعارُ خلالَ مدّة قصيرة. والله سبحانه أعلم.

٢٨٣ - الشرط الجزائيّ في الاستصناع

٧ يجوز الاتّفاق في العقد على شرطٍ جزائيٍّ[1] بأنّ الصّانعَ إن تأخّر في تسليم المصنوع، فإنّه يُنقَص من ثمنه جزءٌ مقابلٌ للتّأخير. وقد قرّر مجمعُ الفقه الإسلاميّ في هذا الصّدد مايلي:

"يجوز أن يتضمّن عقدُ الاستصناع شرطاً جزائيّاً بمقتضى ما اتّفق عليه العاقدان، مالم تكُن هناك ظروفٌ قاهرة."[2]

واشترط المعيارُ الشّرعيّ الصّادر من المجلس الشّرعيّ بشأن الاستصناع أن لايكون

---

(١) الشرط الجزائيّ مصطلح قانونيّ حديث، وعرّفه الأستاذ السنهوري بقوله: "يحدث كثيراً أنّ الدائن والمدين لايتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدّماً على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الّذي يستحقّه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الّذي يستحقّه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق مقدّماً على التعويض يُسمّى بالشرط الجزائي."

(الوسيط، المجلد الثاني ٢: ٨٥١) فظهر بهذا أنّ الشرط الجزائيّ له مفهوم عامّ يشمل كثيراً من العقود، حتّى أنه يجوز في القانون الوضعيّ اشتراط الشرط الجزائيّ في المداينات، وهو محرّم شرعاً لتضمنه الربا، ولذلك إجازة الشرط الجزائيّ في بعض العقود مثل الاستصناع والمقاولات لاتستلزم أن يُباح الشرط الجزائيّ في جميع العقود.

(٢) قرار رقم ٦٧/٣/٧ بشأن عقد الاستصناع، مجلّة المجمع، العدد السابع ٢: ٧٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّرطَ الجزائيَّ مُجحِفاً.[1]

وقد اختلفت آراءُ العلماء المعاصرين في تكييف هذا الشّرط بعد اتّفاقهم على جوازه. فمنهم من رأى أنّه أمرٌ مستحدث، وليس في نصوص القرآن والسنّة ما يمنعُه، والأصلُ عندهم أن تكون العقودُ والشّروطُ جائزةً، مالم يقُم دليلٌ من القرآن والسنّة على حُرمته. وهذا المنحى هو الّذي سلكه كثيرٌ من الباحثين في الموضوع.[2]

ومنهم من أجاز هذا الشّرطَ قياساً على الإجارة، حيثُ يجوز عند جمعٍ من الفقهاء أن يقولَ المستأجرُ للخيّاط: "إن خِطتَه اليومَ فبدرهم، وإن خِطتَه غداً فبنصف درهم." وهذا جائزٌ عند أبي يوسف ومحمّد وعند أحمد في رواية. ولايجوز عند مالك والشّافعيّ رحمهم الله تعالى، ويجب أجر المثل. وقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى: إن خاطه اليومَ فله درهم، وإن خاطه غداً لايُزاد على درهم، ولايُنقص عن نصف درهم.[3] وأفتى شيخ مشايخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى بقول أبي يوسف ومحمّد

---

(١) المعايير الشرعية للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة، رقم ١١ بند ٦/٧

(٢) راجع البحوث حول الشرط الجزائيّ في مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ العدد الثاني عشر، وأبحاث هيئة كبارالعلماء بالمملكة العربيّة السّعوديّة ١: ١٠١إلى ٢١٤ وتدلّ عبارةُ للجصّاص رحمه الله تعالى على صحّة هذاالاستدلال، فإنّه يقول في تفسير قول الله تعالى: "أوفوا بالعقود" مانصّه: "واقتضى أيضاً الوفاء بعقود البياعات والإجارات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود، فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده وفي صحّة نذر ولزومه، صحّ الاحتجاج بقوله تعالى: أوفوا بالعقود لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها، ويجوز الاحتجاج به في جواز الكفالة بالنفس وبالمال وجواز تعلقها على الأخطار لأنّ الآية لم تُفرّق بين شيئ منها. وقوله صلّى الله عليه وسلم: "والمسلمون عند شروطهم" في معنى قول الله تعالى: "أوفوا بالعقود" وهو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرط الإنسان على نفسه، مالم تقم دلالة تُخصّصه." (أحكام القرآن للجصاص، سورة المائدة ٢: ٤١٨)

(٣) المغني لابن قدامة، كتاب الإجارة ٦: ٨٧ وتكملة البحر الرائق، باب ضمان الأجير ٨: ٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمهما الله تعالى.[1] ولاشك أنّ الحاجة داعيةٌ إلى مثل هذا الشّرط في المقاولات، وبه جرى العملُ فيها من غير نكير. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٨٤- شراء السيّارات من الشّركة

والّذي يقع في شراء السّيارات، أنها إن اشتُريت من شخصٍ مالك للسّيّارة، فإنّه بيع عاديّ. أمّا في شراء السّيّارات من الشّركة، فالطّريق المتّبعُ أنّ المشتريَ يدفع إلى وكيل الشّركة الثّمنَ مقدّماً بعد تعيين نوع السّيّارة المطلوبة وأوصافها ولونها (وقد يقع ذلك على أساس نموذج موجود عند الوكيل). وإنّ الوكيلَ يبعثُ إلى الشّركة أوصافَ السّيارة المطلوبة. فإن كانت السّيارةُ بتلك الأوصاف جاهزةً عند الشّركة، فإنّه يُرسلها، وإلاّ فإنّها يُجهّزها بتلك الأوصاف، ويبعث بها إلى الوكيل الّذي يُسلّمها إلى المشتري. والظّاهرُ أنّه ينطبق عليه أحكامُ الاستصناع، لأنّه يجوز للصّانع في الاستصناع أن يُسلّم مصنوعاً من عنده، كما سبق. وإن كان أجلُ التّسليم معيّناً، والثّمنُ مدفوعاً بكامله عند العقد (طلب الشّراء) فيُمكنُ أن يُخرّج على أساس السّلم أيضاً. أمّا إذا لم يكن الأجلُ معلوماً، أو لم يُدفع الثّمنُ بكامله عند العقد، فلا يصحّ سلماً، وإنّما يصحّ على أساس الاستصناع.

---

(١) إمداد الفتاوى، كتاب الإجارة ٣: ٣٩٨ سؤال ٣٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com

فهرس
المحتويات

www.besturdubooks.wordpress.com

فهرس المحتويات

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام بيع المزايدة

أحكام المناقصة

المبحث الثاني

في الأحكام المتعلقة بالمتعاقدين ١٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام بيع غير المسلمين ١٦٦

أحكام تعدد المتعاقدين ١٨٢

الباب الثاني في رضاالمتعاقدين و ما يتعلق به ١٩٥

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثالث: المستثنيات من اشتراط التراضي ٢٣٣

www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الثالث

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثاني في السلم والاستصناع ....

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

على المذاهب الأربعة

مع

تطبيقاته المعاصرة مقارنا بالقوانين الوضعية

الجزء الثاني

محمد تقي العثماني

www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث السادس

تقسيم البيع من حيث ربحيتُه

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٨٥- التّقسيم الثّاني من حيث ربحيّة البيع

التّقسيم الثّاني للبيع من حيث ربحيّة البيع، وبهذه الحيثيّة ينقسم البيع إلى أربعة أقسام:

١- المساومة: بيع يتّفق فيه البائع والمشتري على ثمن محدّد، دون نظر إلى تكلفة البائع وربحيّته، بمعنى أنّ العقد لا يصرّح بكم قام المبيع على البائع، وكم يربح فيه. وأكثر ما يتبايع النّاس بهذا الطّريق، وجميع أحكام البيع العامّة الّتي سبق ذكرها والّتي ستأتي تنطبق على هذا القسم، فلا داعي لذكر أحكامه مستقلّة.

٢- المرابحة: بيع يتّفق فيه الطّرفان على أنّ البائع يبيع المبيع بتكلفته وزيادة ربح معلوم، مثل أن يقول: "بعتك هذا الشّيء بما قام عليّ وزيادة عشرة دراهم، أو بزيادة نسبة عشرة في مائة على ما قام عليّ" والتّكلفة تسمّى في الاصطلاح "رأس المال" والزّيادة عليه "ربحاً". وعلى هذا الاصطلاح نجري في بيان أحكامها إن شاء الله تعالى.

٣- التّولية: بيع يتّفق فيه الطّرفان على أنّ البائع يبيع المبيع بتكلفته، بدون أيّ ربح.

www.besturdubooks.wordpress.com

ومن أقسامه الإشراك.[1] وهو أن يكون أحدُ الطّرفين اشترى شيئاً لنفسه، ثمّ أشركَ الآخرَ في حصّةٍ منه بنسبته من الثّمن. مثل أن يشتريَ أرضاً بمائة ألف، ثمّ يُشْرِك غيرَه في نصفها بخمسين ألفا. وجاء في المحيط ما ملخّصه:

"إذا اشترى الرّجل شيئاً، وقال له الآخر: أشركني فيه، فأشركه، فهذا بمنزلة البيع."

فإن لم يعرف الثّمن، فقيل: البيع فاسد، وقيل: صحيح، لأنّ الثّمنَ معلوم في نفسه، وإن لم يعرف المشتري، فهو كشراء ما لم يَره.[2]

لكن قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"والإشراكُ توليةٌ، لكنّه توليةٌ لبعض المبيع ببعض الثّمن، والعلمُ بالثّمن كلّه شرطُ صحّة البيع."[3]

٤- الوضيعة: وهيَ البيعُ الّذي يتّفق فيه الطّرفان أنّ البائعَ يبيعُ المبيعَ بأقلّ من تكلفته.

وإنّ هذه الأقسامَ الثّلاثة الأخيرة تُسمّى "بيوع الأمانة"، لأنّ معظمَ أحكامِها تدورُ على صدق القول في بيان التّكلفة. وبما أنّ التّولية والوضيعة نادرتان في التّجارات، فإنّ الفقهاء ركّزوا على المرابحة في بيان أحكامها، وفيما سيأتي خلاصةٌ للأهمّ منها، وإنّها ولو ذُكرت في سياق المرابحة، ولكنّ ما يتعلّق منها بالإفصاح عن التّكلفة تنطبق على التّولية والوضيعة أيضاً.

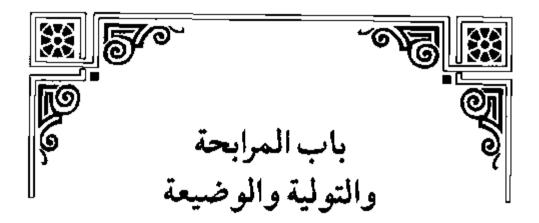
---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٦١

(٢) المحيط البرهاني، كتاب الشركة، الفصل الثاني، ٨: ٣٦٠

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٤٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

باب المرابحة والتولية والوضيعة

٢٨٦ - شروط صحة المرابحة

وأمّا شروطُ جوازِ المرابحة فهي ما يأتي:

١- إن كان رأسُ المال نقداً، فلا خلافَ في جواز المرابحة، مثل أن يكون البائعُ اشترى شيئاً بمائة درهم، فيجوز له أن يبيعه مرابحةً بربح عشرة. أمّا إن كان رأسُ المال عرضاً، فقد اختلف الفقهاء فيه. فيُشترطُ عند الحنفيّة أن يكون رأسُ المال من ذواتِ الأمثال، مثلِ الحنطة والشّعير، والمكيلات والموزونات، والعدديّاتِ المتقاربة، مثل البَيض والجوز، فيجوزُ لمن اشترى شيئاً بهذا النّوع من رأس المال أن يبيعَ ذلك الشّيئ مرابحةً، مثل أنّه اشترى ثوباً بكيلو من الحنطة، جازله أن يقولَ للمشتري: بعتُك هذا الثوب بالثّمن الأوّل (يعني بكيلو من الحنطة) وزيادةِ درهم، أو بزيادة رُبع كيلو من الحنطة.

أمّا إن كان رأسُ المال من غير ذواتِ الأمثال، مثلِ الحيوان، فلا يجوزُ أن يبيعه مرابحةً، مثل أن يكون اشترى ثوباً بشاة، فلا يجوزُ له أن يبيعه مرابحةً بأن يقولَ: بعتُك هذا الثّوب بالثّمن الّذى اشتريتُه به وبزيادة ربح كذا، لأنّ الثّمنَ الّذى اشتراه به هو الشّاة، وقد خرج

www.besturdubooks.wordpress.com

عن ملكه، ولا يمكنُ للمشتري منه أن يدفعَ تلك الشّاةَ إليه بعينها، ولا يمكنُ أن يدفع إليه مثلَها، لكون الشّاة من غير ذوات الأمثال، فتعيّن المصيرُ إلى قيمتها. وقيمةُ تلك الشّاة بعينها مجهولةٌ يقع في تعيينها اختلاف المقوّمين، فلا سبيلَ إلى معرفة التّكلفة الحقيقيّة. ومبنى المرابحة والتّولية على الإفصاح عن التّكلفة الحقيقيّة، فلمّا تعذّر الإفصاح، تعذّرت المرابحة. وحينئذٍ إن أراد أن يبيعَ ذلك الثّوبَ فإنّما يجوز بيعُه مساومةً، ولايجوز أن يكون مرابحةً أو توليةً أو وضيعةً، لأنّ كلَّ واحدٍ منها يقتضي الإفصاحَ عن التّكلفة، وهو متعذّرٌ ههنا.

وإنّما الصّورةُ الوحيدة الّتي يجوز فيها المرابحةُ أو التّولية فيما إذا كان رأسُ المال من غير ذوات الأمثال أن يكون رأسُ المال بعينه مملوكاً للمشتري في المرابحة، مثاله: اشترى زيدٌ ثوباً من عمرو بشاةٍ دفعها إليه، ثمّ باع عمروٌ هذه الشّاة من خالد. ثمّ أراد زيدٌ أن يبيعَ الثوب من خالد مرابحةً، فإنّه يجوز له أن يقول: "بعتُك هذا الثّوب بالثّمن الأوّل (يعني الشّاة) وزيادةِ درهم مثلاً" لأنّ الثّمن الأوّل (وهو الشّاة) وإن كان من غير ذوات الأمثال، فإنّها موجودةٌ عند خالدٍ بعينها، فالإفصاح عن التّكلفة الّذي هو شرطٌ لجواز المرابحة ميسّرٌ ههنا، فجازت المرابحة والتّولية، ولكن لاتجوز الوضيعة، لأنّها تحتاج إلى قسمة الشّاة بالقيمة، فعاد نفسُ المحظور.

ثمّ إنّ المرابحةَ في هذه الحالة إنّما تجوز إن كان الرّبحُ مبلغاً مقطوعاً، مثل درهم أو درهمين. أمّا إن كان الربح نسبةً شائعةً من التّكلفة، مثل عشرة في المائة، فلا يجوز المرابحةُ في هذه الحالة،[1] لأنّ تعيينَ النّسبة الشّائعة فيما إذا كان رأسُ المال من غير

---

(١) جاء في الهداية: "ولاتصحّ المرابحة والتّولية حتى يكون العوض ممّا له مثل... ولوكان المشتري باعه مرابحةً ممّن يملك ذلك البدل، وقد باعه بربح درهم أو بشيئ من المكيل موصوف جاز.. وإن باعه بربح ده يازده لايجوز." (الهداية مع فتح القدير٦: ١٢٤)

www.besturdubooks.wordpress.com

ذوات الأمثال، مثل الشّاة، يحتاجُ إلى معرفة قيمةِ الشّاة، وهي مجهولةٌ كما بيّنّا، فتعذّرت المرابحة والتّولية.

هذا كلّه على مذهب الحنفيّة. أمّا عند المالكيّة، فالظّاهرُ ممّا رُوِيَ عن أشهب رحمه الله تعالى أنّ شرطَ جواز المرابحة في العروض أن يكون المبيعُ عند المشتري الثّاني، كما مرّ في مثال زيد وخالد قبل فقرة واحدة، فلا تجوزُ المرابحةُ عنده إن لم يكن عند المشتري، سواء أكان المبيع مثليّاً أم غيرَ مثلي، لأنّه إن لم يكن عنده، فالمرابحةُ عليه يؤدّي إلى سَلَم حالّ. وخالفه ابن القاسم رحمه الله تعالى، فأجاز المرابحةَ ولو لم يكن المبيعُ عند المشتري، وسواءٌ أكان مثليّاً أم قيميّاً. فإن كان قيميّاً، مثل الشّاة، يقعُ البيع على شاةٍ مماثلةٍ في صفتها، لا على قيمتها.[1]

وأمّا الشّافعيّة، فإنّهم لايشترطون كونَ المبيع من المثليّات، بل يجوز عندهم أن يقول البائع إنّه اشترى المبيعَ بعرضٍ قيمتُه كذا، ويبيعُه بربح كذا، ولايقتصر على ذكر القيمة.[2] وكذلك لم أجد عند الحنابلة تفصيلاً في العروض، والظّاهر أنّهم يُجيزون المرابحةَ في كلّ حال، سواء أكان العرض مثليّاً أم قيميّا، كما هو مذهب الشّافعيّة، والله سبحانه أعلم.

٢- الشّرطُ الثّاني لجواز المرابحة: أن يكونَ مقدارُ رأسِ المال معلوماً للمشتري الثّاني، فإن لم يعلم، فالبيعُ فاسدٌ إلى أن يعلمَ في المجلس. وله الخيارُ بعد العلم.[3]

---

(١) حاشية الدّسوقي على شرح مختصر خليل للدردير ٣: ١٦٠ ومنح الجليل ٢: ٧١٢

(٢) مغني المحتاج ٢: ١٠٤ وفتح العزيز للرافعي ٤: ٣٢٢

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٤٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

إن شاء دخل في البيع، وإن شاء ترك.

٣- الشرط الثالث لجواز المرابحة: أن يكون الربح معلوماً. ويمكن أن يكون مبلغاً مقطوعاً من النقود أو عرضاً معلوماً، أو نسبة من رأس المال. فإن كان تحديد الربح بمبلغ مقطوع، جاز بلا كراهة بالإجماع. وأما إذا كان تحديد الربح بنسبة من رأس المال كقوله "أبيعك بزيادة عشرة في المائة" والذي عُبّر عنه في بعض كتب الفقه بـ"ده يازده"،[1] فهو صحيح أيضاً، ولكن كرهه الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى،[2] وهذه الكراهة تنزيهية.[3]

٤- الشرط الرابع لجواز المرابحة أن لا يكون رأس المال المشتري به جنسه من الأموال الربوية. بأن اشترى حنطة بحنطة مساوية في القدر، فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة، لأن الربح في هذا العقد يكون ربا، وكذلك لا يجوز له أن يبيعه مواضعة، لفقدان التماثل. ولكن يجوز له أن يبيعه تولية، لأن التولية بيع بالثمن الأول بدون زيادة أو نقص، فلم يفت التماثل الذي هو شرط في جواز بيع الربويات بعضها ببعض.

٥- الشرط الخامس: أن يكون العقد الأول صحيحاً، فإن كان فاسداً، لم يجز بيع المرابحة، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح، والبيع الفاسد، وإن كان يفيد الملك عند الحنفية في الجملة، لكن بقيمة المبيع أو بمثله، لا بالثمن لفساد التسمية.[4]

---

(١) هذه كلمة فارسية معناها "أحد عشر بكل عشرة" يعني أن البائع يأخذ ربح درهم فوق تكلفة كل عشرة، وبعبارة أخرى: يتقاضى ربح عشرة في المائة.

(٢) كشاف القناع ٣: ٢١٨

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٩

(٤) بدائع الصنائع ٤: ٤٦٣

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٨٧- أحكام رأس المال في المرابحة وما يلحق به

١- الأصلُ في رأس المال أنّه ماوجب بالعقد أو التحق به، لاما دفعه المشتري الأوّلُ على سبيل الاستبدال. فلو وقع العقدُ الأوّل على عُملةٍ، مثل عشرة دراهم، ولكن أعطاهُ ديناراً، وقبِله البائعُ الأوّل، فالمرابحةُ تجري على عشرةِ دراهم، لا على الدّينار، لأنّ ثمنَ البيعِ هو عشرةُ دراهم، ثمّ وقعَ بينهما عقدٌ آخر استُبدلت فيها الدّراهمُ بالدّينار، والمرابحةُ إنّما تنبني على أصلِ العقد الأوّل، لاعلى الاستبدالِ الّذي وقع بعد ذلك.

فإن وقع العقدُ على عُملة بلدٍ آخر، مثل مائة دُولار، فإن كان تحديدُ الرّبحِ على أساس مبلغٍ مقطوعٍ، مثلُ أن يقول: بعتُك بالثّمنِ الأوّل وبربحِ مائة رُبيّةٍ باكستانيّة، فثمنُ المرابحة مائةُ دولارٍ ومائةُ رُبيّة باكستانيّة. وأمّا إن كان تحديدُ الرّبحِ بنسبةٍ مئويّة، مثلُ أن يقول: بربح عشرةٍ في المائة، فثمنُ المرابحة مائةٌ وعشرُ دُولارات.

والّذي يقعُ في عصرِنا أنّ الاستيرادَ والشّراءَ من خارجِ البلد يكونُ بعُملةٍ أجنبيّة، وهي الدُّولاراتُ غالباً. فإن أراد المستوردُ بالدُّولارات أن يبيعَ البضاعةَ المستوردة في بلده، فلا يجوز له أن يبيعَها مرابحةً إلاّ بالطّريق الّذي ذكرناه، ولايجوزُ أن يكون ثمنُ المرابحةِ كلُّه بعُملةٍ غيرِ الدّولار. ولكن إذا حُدّد ثمنُ المرابحة بالدّولار، مثل مائةٍ وعشرِ دولارات في المثال المذكور، ثمّ اتّفق الطّرفان عند أداء الثّمن باستبداله برُبيّاتٍ باكستانيّة مثلاً، فإنّما يجوز ذلك بثلاثة شروط:

الشّرط الأوّل: أن لايكون الاستبدالُ شرطاً في عقد المرابحة.

والشّرط الثّاني: أن يكون ذلك الاستبدالُ بسعرِ يوم الأداء، لابسعرِ يومِ الوجوب.

www.besturdubooks.wordpress.com

والثالث: أن يُصفّى كلُّ الثمن، أو المقدارُ الّذي أريد استبداله، ولايبقى في الذمّة شيئ مما أريد استبداله. فإن كان الثّمنُ مائةً وعشرَ دولارات، وأريد استبدالُ كُلِّ الثّمن بربيّيا باكستانيّة، وسعرُ الاستبدال في يومِ الأداء: خمسُون ربّيةً بدُولارٍ واحد، فيجوزُ الاستبدالُ بخمسة آلافٍ وخمسمائة، ولكن يجب أن تؤدي جميع هذه الربيات في ذلك المجلس، ولايؤجّل شيئٌ منه إلى مابعد المجلس.

أمّا إذا أراد الطّرفان أن يقعَ الاستبدالُ في نصفِ الثّمن فقط، مثلَ أن يتّفقا على أن يُعطيَ المشتري نصفَ الثمن، وهو خمسةٌ وخمسون دُولاراً بالدُّولارات نفسِها، ويستبدلَ الباقيَ بالربّيات الباكستانيّة، فيعطي ألفين وسبعمائة وخمسين ربّيةً، فهذا جائزٌ أيضاً، بشرط أن يؤدّيَ ألفين وسبعمائة وخمسين ربّيةً في نفسِ المجلس، ولايؤخّر شيئاً منها إلى مابعده.

وهذا الحكمُ مبنيٌّ على ماثبت عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال:

"كنت أبيعُ الإبلَ بالبقيع، فأبيعُ بالدّنانير، وآخذُ الدّراهم، وأبيع بالدّراهم، وآخذُ الدّنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيتُ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم، وهو في بيتِ حفصة، فقلت: يارسولَ الله! رُوَيْدَك، أسألك: إنّي أبيعُ الإبلَ بالبقيع فأبيعُ بالدّنانير، وآخذ الدّراهمَ، وأبيعُ بالدّراهم وآخذ الدّنانير، آخذُ هذه من هذه، وأُعطي هذه من هذه. فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: لابأسَ أن تأخذها بسعرِ يومِها، مالم تفترقا وبينكما شيئ."[1]

---

(۱) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذّهب من الورق، حديث ٣٣٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

٢- إن كان البائعُ اشترى شيئين صفقةً واحدةً، ثمّ أراد بيعَ أحدهما مرابحةً، فإن كانت الأشياءُ من المثليّات الّتي ينقسمُ الثّمنُ عليها بالأجزاء، كالبُرّ والشّعير المتساوي، فيجوز بيعُ بعضه مرابحةً بقسطه من الثّمن، وهذا ممّا لايعلم فيه خلافٌ بين الفقهاء. أمّا إن كانت الأشياءُ من القيميّات الّتي لاينقسم الثّمنُ عليها بالأجزاء، كالثّياب والحيوان والشّجرة المثمرة وأشباهِ هذه، فلا يجوزُ بيعُ بعضه مرابحة عند الإمام أبي حنيفة،[١] وهو مذهب الإمام أحمد أيضاً. وزاد أنّ الحكم كذلك لو اشترى جماعةٌ شيئاً ثمّ اقتسموه، وأراد أحدُهم بيعَ نصيبه مرابحةً بالثّمن الّذي أدّاه فيه حتّى يُخبر بالحال على وجهه، بأن يقول بائعُ نصيبه: اشتريناه جماعةً، ثمّ اقتسمناه. وذكر ابنُ قدامة أنّ هذا مذهبُ الثّوريّ وإسحق وأصحاب الرّأي رحمهم الله تعالى. وقال الشّافعيّ: يجوزُ بيعُه بحصّته من الثّمن،[٢] وهو قول أبي يوسف ومحمّد رحمهم الله تعالى.[٣]

٣- إذا اتّفق المتبايعان في البيع الأوّل بعد البيع بزيادة في الثّمن، أو نقصٍ منه، فإنّ هذه الزّيادة أو النّقص يلتحقان عند الحنفيّة بأصل العقد، كأنّ العقد وقع مع هذه الزّيادة والنّقص، فيُعتبر رأسُ المال ما وصل إليه بالّلحاق، ويُضافُ الرّبح على ذلك، حتّى لو اشترى زيدٌ من عمرو ثوباً بمائة درهم، وباعه مرابحةً إلى خالد بمائة وعشرة، ثمّ حطّ عمروٌ من ثمنه عشرةً، حتّى قام عليه ذلك الثّوب بتسعين، فإنّ زيداً يردّ إلى خالدٍ عشرةً إن كان الرّبحُ المتفق عليه مبلغاً مقطوعاً، وهو العشرة، ويردُّ إليه درهماً إن كان الرّبح

---

(١) فتح القدير ٦: ١٢٩ وردّ المحتار ٥: ١٣٠ فقره ٢٤٠٥٣

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦١ و٢٦٢

(٣) كتاب الأصل للإمام محمد، كتاب البيوع والسلم ٥: ٢٠ فقره ٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com

المتّفق عليه نسبة عشرة في المائة.(١)

والظّاهر أنّ المالكيّة يوافقون الحنفيّة في أنّه يجب على البائع في المرابحة ردُّ ما حطّ عنه البائع الأوّل، وإن سمّوه هبةً، بشرط أن يكون مثلُ تلك الهبةِ معتادةً فيما بين التُّجار. أمّا إذا كانت فوق ذلك، أو كان هبةً لكلّ الثمن، فتكونُ المرابحةُ على الثّمن المتّفق عليه في أصل العقد.(٢)

أمّا عند الشّافعيّة والحنابلة، فالحطُّ والزّيادةُ لايلتحقان بأصل العقد. بل الزّيادةُ هبةٌ من المشتري، والنّقصُ هبةٌ من البائع، فتقعُ المرابحةُ على الثّمن الأوّل، إلاّ إذا وقعت الزّيادةُ أو النّقص في مدّة خيار المجلس أو خيار الشّرط، فيلتحقان بأصل العقد، وتكون المرابحةُ على الثّمن مع الزّيادة أو النّقص.(٣)

٣- وتلحقُ برأس المال النّفقاتُ الّتي تكبّدها البائعُ في شراء المبيع والحصول عليه، مثلُ نفقات الشّحن والحمل والنّقل من موضع البيع إلى موضعه، ونفقاتُ تخزينه إن كان التّخزينُ بأجرة، وأجرةُ السّمسار، ونفقاتُ تطوير المبيع، مثل صبْغه أو خياطة الثّوب، أو تجصيص الدّار أو نفقات غرْس الأشجار، ونفقاتُ حفظه وصيانته إن كان المبيعُ يحتاج إلى ذلك. بشرط أن تكون نفقاتٍ ماليّةً مباشرةً مدفوعةً إلى الغير. فلا يجوز في المرابحة إضافةُ مقابلٍ لما عمله بنفسه، وعن طريق أجيره الشّخصي الّذي لم يُستأجر لهذا العمل خاصّةً.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٢٦٤
(٢) الدسوقي ٣: ١٦٥
(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٠ وكشاف القناع ٣: ٢٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وكذلك تلحق برأس المال الضرائبُ التي دفعها البائعُ إلى الحكومة من أجل شراء ما يُريد بيعه مرابحة، بشرط أن تكون ضرائبَ مفروضةً على الشراء مباشرة، مثل ضريبة "القيمة المضافة" (Value Added Tax) وضرائب التسجيل (Stamp Duty)، وكذلك الرسومُ التي دفعها إلى الجمارك، أو على الشوارع، ولم يذكر الفقهاءُ إضافة هذه الضرائب إلى تكلفة المرابحة، لأنّها لم تكن معهودةً في عصرهم كما هي معهودةٌ الآن، إلاّ أنّ الفقهاء ذكروا أنّ الحكومةَ إن فرضت الضّرائب لمصلحة العامّة، فإنّها تُعتبر ديناً واجباً، ومقتضاه أنّه يُحسم عند حساب الزكوة. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى ناقلاً عن القنية:

"قال أبو جعفر البلخيّ: ما يضربه السلطان على الرّعيّة مصلحةً لهم يصير ديناً واجباً وحقّاً مستحقّاً كالخراج. وقال مشايخنا: وكلّ ما يضربه الإمام عليهم لمصلحة لهم، فالجواب هكذا، حتّى أجرة الحرّاسين لحفظ الطّريق واللّصوص، ونصب الدّروب، وأبواب السّكك. وهذا يُعرف، ولا يُعرّف خوف الفتنة. ثمّ قال: فعلى هذا، ما يؤخذ في خوارزم من العامّة لإصلاح مسنّاة الجيحون أو الربض، ونحوه من مصالح العامّة دين واجب لايجوز الامتناع عنه، وليس بظلم، ولكن يُعلم هذا الجواب للعمل به. وكفّ اللّسان عن السّلطان وسُعاته فيه، لا للتّشهير، حتّى لايتجاسروا في الزّيادة على القدر المستحقّ."[1]

وهذا مقيّدٌ بكون الضّرائب فُرضت لمصلحة العامّة. أمّا الضّرائب التي فُرضت من غير حقّ، فإنّها اعتبرت ظلماً، كما ذكره ابن عابدين نفسه عن عدّة من العلماء. ولكنّ العامّة

(١) ردّ المحتار، كتاب الزكوة، قبل باب المصرف، ٦: ٦٦ فقره ٨٤٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

لاسبيل لديهم للفرق بين ما فُرض بحقٍ، وما فُرض بغير حقٍ، وهو في كلٍ حال مجبورٌ على أداءه. ولذلك قال الفقهاء في الجبايات الظالمة:

"وتصحّ الكفالةُ بها، ويؤجر من قام بتوزيعها بالعدل، وإن كان الأخذ باطلاً."

وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى تحته:

"أو كانت بغير حقٍ، كجبايات زماننا، فإنّها في المطالبة كالدّيون، بل فوقها."[١]

وقد اعتبره عُرف التّجار داخلاً في التّكلفة، فلا شكّ أنها تدخل فيها وتلحق برأس المال.

وبعد إضافة هذه النّفقات إلى ثمن الشّراء، لايقول البائع: إنّي اشتريتُه بكذا، بل يقول: قام عليّ بكذا،[٢] أو تكلفتي كذا.

٤- إن كان البائعُ ملكَ المبيع بهبة، أو إرث، أو وصيّة، وقوّمه قيمتَه، ثمّ باعه مرابحةً على تلك القيمة يجوز، وصورتُه أن يقول: قيمتُه كذا، أو رقْمُه كذا، فأرابحك على القيمة أو رقْمه. ومعنى الرّقم أن يكتُب على الثّوب المشترَى مقداراً، سواءٌ أكان قدرَ الثّمن أم أزيد، ثمّ يُرابحه عليه. وهو إذا قال: رقْمُه كذا، وهو صادقٌ لم يكن خائناً.

---

(١) ردّ المحتار ٦: ٦٥ فقره ٨٤٧٧

(٢) راجع بدائع الصنائع ٤: ٤٦٤ والمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلاميّة، معيار رقم ٨ بند ٣/٤ و ٤/٤

www.besturdubooks.wordpress.com

فإن غُبِن المشتري فيه، فمن قِبَل جهله.[1]

٤- ويجب على البائع مرابحةً أن يبيِّن للمشتري كلَّ ما يؤثّر على رغبة المشتري، فمثلاً إن كان البائعُ اشترى المبيع من البائع الأوّل نسيئةً، وجب عليه أن يُبيِّن لمشتريه أنّه اشتراه نسيئةً. لأنَّ للأجل شبهاً بالمبيع، وإن لم يكن مبيعاً حقيقةً. لأنّه مرغوبٌ فيه، ولذلك قد يُزاد الثّمنُ لمكان الأجل. فكان له شبهةُ أن يُقابله شيءٌ من الثّمن، فيصيرُ كأنّه اشترى شيئين، ثمّ باع أحدهما مرابحةً على ثمن الكلّ، لأنّ الشُّبهةَ ملحقةٌ بالحقيقة في هذا الباب، فيجب التّحرّز عنه بالبيان.[2]

٢٨٨- أحكام الخيانة في المرابحة

إن كان البائعُ في المرابحة كاذباً، أولم يُبيِّن للمشتري ما وجب بيانُه، فهو خيانة. وإن ظهرت الخيانةُ بعد البيع، فإن ظهرت في صفة الثّمن، مثلَ أن يكونَ البائعُ اشترى شيئاً بنسيئةٍ، ثمّ باعه مرابحةً أو توليةً دونَ بيان ذلك، فللمشتري الخيار، إن شاء أخذه بالثّمن المتّفق عليه، وإن شاء ردّه على البائع. وهذا لاخلاف فيه.[3]

وإن ظهرت الخيانةُ في مقدار الثّمن، بأن قال في المرابحة أو التّولية: اشتريتُه بعشرة، ثمّ تبيّن أنّه اشتراه بتسعة، فقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى: المشتري بالخيار في المرابحة، إن شاء أخذه بجميع الثّمن، وإن شاء ترك. وفي التّولية لاخيارَ له، لكن يحطّ قدرَ الخيانة، ويلزم العقدُ في الباقي، وهو تسعةٌ في المثال المذكور.

---

(١) فتح القدير، باب المرابحة والتولية ٦: ١٢٢

(٢) الهداية مع فتح القدير ٦: ١٢٢

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٣ وبدائع الصنائع ٤: ٤٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لاخيارَ له، ولكن يحُطُّ قدرَ الخيانة في المرابحة والتَّولية جميعاً، وذلك درهمٌ في التَّولية، ودرهمٌ في المرابحة مع حصَّته من الرِّبح. وهو قولُ الحنابلة والثَّوريِّ وابن أبي ليلى، وأحد قولي الشَّافعيِّ.[1] وهو مذهب المالكيَّة أيضاً[2] ويبدو أنَّ هذا القول أوفق بمقاصد المرابحة.

وقال محمَّد رحمه الله تعالى: له الخيار في كلٍّ من المرابحة والتَّولية، إن شاء أخذ المبيعَ بجميع الثَّمن، وإن شاء ردَّه على البائع.[3]

٢٨٩- المرابحة المؤجَّلة

وكما يجوزُ أن تكون المرابحةُ بالثَّمن الحالِّ، يجوزُ أيضاً أن تكونَ بثمنٍ مؤجَّلٍ، لأنَّه بيعٌ فيجوز فيه الأمران، كما في سائر البيوع. وهل يجوز أن يكون الرِّبحُ مرتبطاً بزمن سداد الثَّمن؟ يوجد عند متأخِّري الحنفيَّة ما يُجوِّز ذلك. فذكر العلاَّمة ابنُ عابدين رحمه الله تعالى عن الشَّيخ نجم الدِّين:

" قضى المديونُ الدَّينَ قبل الحلول، أو مات فأُخذ من تركته، فجوابُ المتأخِّرين: أنَّه لا يأخذ من المرابحة الَّتي جرت بينهما إلاَّ بقدر ما مضى من الأيَّام؛ قيل له أتفتي به أيضاً؟ قال: نعم. قال: ولو أخذ المقرِضُ القرضَ والمرابحةَ قبل مُضيِّ الأجل، فللمديون أن يرجع بحصَّة ما بقي من الأيَّام اهـ وذكر الشَّارحُ آخرَ الكتاب: أنَّه أفتى به المرحوم مفتي الرُّوم أبو السعود،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٦٠

(٢) حاشية الدسوقي، فصل في المرابحة ٣: ١٦٨ و ١٦٩

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٤٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلّله بالرّفق من الجانبين .قلت : وبه أفتى الحانوتيّ وغيره. وفي الفتاوى الحامديّة: سُئِل فيما إذ كان لزيد بذمّة عمرو مبلغُ دين معلومٌ فرابحه عليه إلى سنة، ثم بعد ذلك بعشرين يوماً مات عمروٌ المديون ، فحلّ الدّينُ ودفعه الوارث لزيد ، فهل يؤخذ من المرابحة شيءٌ أو لا ؟ الجوابُ جوابُ المتأخرين : أنّه لا يُؤخذ من لمرابحة الّتي جرت المبايعةُ عليها بينهما إلاّ بقدر ما مضى من الأيام؛ قيل للعلامة نجم الدّين : أتُفتي به ؟ قال : نعم كذا في الأنقرويّ والتنوير. وأفتى به علاّمةُ الرّوم مولانا أبو السّعود."[1]

وذكر هذه المسئلة مرّةً أخرى قبيل كتاب الفرائض، وقال:

"(قضى المديونُ الدّينَ المؤجّل قبل الحلول أو مات) فحلّ بموته (فأخذ من تركته، لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلاّ بقدر ما مضى من الأيام، وهو جواب المتأخرين) قنية. وبه أفتى المرحوم أبو السّعود أفندي مفتي الرّوم وعلّله بالرّفق للجانبين، وقد قدّمته قبل فصل القرض والله أعلم." (قوله لا يأخذ من المرابحة إلخ) صورته : اشترى شيئاً بعشرة نقداً، وباعه لآخر بعشرين إلى أجلٍ هو عشرةُ أشهر، فإذا قضاه بعد تمام خمسة، أو مات بعدها، يأخذ خمسة، ويترك خمسة ط .أقول : والظّاهر أنّ مثله ما لو أقرضه، وباعه سلعةً بثمن معلوم وأجّل ذلك، فيُحسب له من ثمن السّلعة بقدر ما مضى فقط تأمّل (قوله وعلّله إلخ) علّله الحانوتيّ بالتّباعد عن شبهة الرّبا، لأنّها في باب الرّبا ملحقةٌ بالحقيقة. ووجهه أنّ الرّبح في مقابلة الأجل، لأنّ الأجل وإن لم

---

(١) رد المحتار، قبيل فصل في القرض، ٥: ١٩٥، فقره ٢٤٢٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

يكُن مالاً، ولا يقابله شيئٌ من الثّمن، لكن اعتبروه مالاً في المرابحة إذا ذُكر الأجلُ بمقابلة زيادة الثّمن . فلو أخذ كلَّ الثّمن قبل الحلول، كان أخذُه بلا عوض. والله سبحانه وتعالى أعلم."[1]

وهذه المسئلة مذكورةٌ أيضاً في الفتاوى الأنقروية وتنقيح الفتاوى الحامدية، بل فيها تفريعاتٌ أخرى على هذه المسئلة.

وكذلك يوجد في بعض أقوال الحنابلة ما يؤيّد ذلك. قال المرداويّ في الإنصاف:

"الثالثة: متى قلنا بحلول الدّين المؤجّل، فإنّه يأخذه كلّه على الصّحيح من المذهب، وهو ظاهرُ كلام الأصحاب. وقدّمه في الفائق، وقال: والمختارُ سقوطُ جزءٍ من ربحه مقابلَ الأجل بقسطه، وهو مأخوذٌ من الوضع والتّأجيل[2] انتهى. قلت: وهو حسن."[3]

وإنّ هذه المسئلةَ فيها ناحيتان: الأولى: أنّه يجوز أن يكون الرّبحُ في المرابحة مرتبطاً بزمن الأداء. وهذا الأمرُ تنطبق عليه جميعُ الشّروط الّتي ذكرناها في مبحث زيادة الثّمن من أجل الأجل، ومنها أن يتّفق المتبايعان على الأجل وثمنه عند العقد، ولايكونَ الثّمنُ متردّداً بين الأجلين، دون البتّ بأحدهما.[4] وحاصلُ تطبيقه في المرابحة أنّه يجوز أن يتّفق طرفان على أنّ الرّبح الّذي يتقاضاه البائع من المشتري هو عشرةٌ في

(١) الدر المختار مع رد المحتار، قبيل كتاب الفرائض ٦: ٧٥٧ (طبع كراتشي)

(٢) كذا في النسخة المطبوعة من "الإنصاف" ولعلّ الصواب "والتعجيل".

(٣) الإنصاف للمرداوي ٥: ٣٠٨

(٤) راجع ما كتبناه في مبحث البيع المؤجل تحت عنوان زيادة الثمن من أجل التأجيل.

www.besturdubooks.wordpress.com

مائة سنوياً، بمعنى أنّ المشتري لو اشتراه بثمنٍ آجلٍ إلى سنةٍ، فإنّ البائعَ يتقاضاه ربحَ عشرةٍ في مائة، وإن اشتراه بثمنٍ آجلٍ إلى ستّة أشهر، يكون الرّبحُ خمسةً في مائة، وهكذا. ولكنّ هذا تفاهمٌ واتّفاقٌ عامٌ، وليس عقداً، وهو المراد بقوله في الدّرّ المختار: "من المرابحة التي جرت بينهما". وحينما يدخلان في عقدِ باتٍ للمرابحة، يجزمان على أجلٍ، وعلى الرّبح الواجب على المشتري بذلك الحساب. فمثلاً يعقدان البيعَ على أجلِ ستّة أشهر، وعلى ربح خمسةٍ في المائة. فهذا جائز.

والأمر الثّاني في هذه المسئلة أنّ المشتريَ إن سدّد الثّمن قبل حلول الأجل، فإنّ الثّمن يتغيّر، ويُنقص منه الرّبحُ المتعلّقُ بالزّمن الباقي. وهذا الحكمُ الّذي ذكره المتأخّرون من الحنفيّة والحنابلة ربّما يتعارضُ مع ما نصّ عليه أصحابُ المذهب في موضوع "ضَعْ وتعجّلْ". قال الإمام محمّد رحمه الله تعالى في الموطأ:

> "من وجب له دينٌ على إنسانٍ إلى أجلٍ، فسأل أن يضعَ عنه ويُعجّلَ له ما بقي، لم ينبغ ذلك، لأنّه يُعجّل قليلاً بكثيرٍ ديناً، فكأنّه يبيعُ قليلاً نقداً بكثيرٍ ديناً، وهو قولُ عمربن الخطّاب وزيدبن ثابتٍ وعبدالله بن عمر، وهو قول أبي حنيفة."[1]

أمّا ماذكر ابنُ عابدين عن الحانوتيّ رحمهماالله تعالى من وجهه أنّ الرّبحَ في مقابلة الأجل، فالحقيقةُ أنّ الرّبح المقابلَ للأجل، وإن كان ملحوظاً عند تعيين الثّمن، فإنّ الثّمن بعد تعيينه كلّه مقابلٌ للمبيع، لا للأجل، ولذلك لايجوز الزّيادةُ

---

(١) الموطأ للإمام محمّد، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع المتاع أو غيره نسيئة ثمّ يقول: انقدني وأضع عنك، ص ٢٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com

في الثّمن مقابلَ تمديد الأجل بالإجماع، فكذا النّقصُ فيه بنقص الأجل. فالّذي يظهر من تصريح أصحابِ المذهب أن لايُحكمَ بوجوبِ النّقص في الثّمن عند تسديده قبلَ حلول الأجل، بل يجوزُ للبائع أن يتطوّعَ للمشتري إن شاء، ولايُجبر عليه، وإن كان هناك وجهٌ على قول المتأخرين لإلزام تخفيض الثّمن عند السّداد المبكّر. والله سبحانه أعلم.

٢٩٠- المرابحة للآمر بالشّراء

وقد شاع في المصارف الإسلاميّة استخدامُ المرابحة المؤجّلة بصفته بديلاً للتّعامل الرّبويّ، وذلك للتّجّار الّذين يُريدون شراءَ بعض البضاعات. والمعمولُ به في السّوق الرّبويّة أنّهم يقترضون من البنوك التّقليديّة على أساس الفائدة الرّبويّة، ثمّ يشترون البضاعاتِ المطلوبةَ بالمبالغ الّتي اقترضوها من البنوك. أمّا المصارفُ غيرُ الرّبويّة، فبدلاً من أن تُقرِضَهم المبالغَ النّقديّة، تشتري تلك البضاعاتِ بنفسها بثمنٍ حالٍ، ثمّ تبيعُ إليهم تلك البضاعاتِ بثمنٍ زائدٍ مؤجّلٍ. وبما أنّ العملاء يتقدّمون إلى البنوك بطلبِ منهم أن يشتريَ البنكُ تلك البضاعة، ثمّ يعقد المرابحة المؤجّلة معهم، فإنّ هذا يُسمّى "المرابحة للآمر بالشّراء".

وهذا النّوع من البيع كرهه مالك رحمه الله تعالى، فقد جاء في موطّأه:

"أنّه بلغه أنّ رجلاً قال لرجل: "ابتعْ لي هذا البعيرَ بنقدٍ، حتّى أبتاعه منك إلى أجلٍ، فسئل عن ذلك عبدالله بن عمر، فكرهه ونهى عنه."[١]

---

(١) موطأ الإمام مالك، باب بيعتين في بيعة

www.besturdubooks.wordpress.com

وظاهره أنّ هذا النّوعَ من البيع مكروهٌ عند الإمام مالك رحمه الله تعالى، وإن لم يكن هناك إلزامٌ على المتبايعين، ولكن قال ابنُ رُشد رحمه الله تعالى:

"والمحظورة أن يُراوِضَه على الرِّبح، فيقول له: ...اشترِ سِلعة كذا وكذا بعشرة نقداً، وأنا أبتاعها منك باثني عشر نقداً، والثّانيةُ أن يقول له: اشترها لي بعشرة نقداً، وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل. والثّالثة عكسُها، وهي أن يقول له: اشترِها لي باثني عشر إلى أجل، وأنا أشتريها منك بعشرةٍ نقداً"[1]

وظاهرُ هذه العبارة أنّ المحظور عند المالكيّة سببُه "المراوضة"، وهو بمعنى المواعدة الملزمة من الطّرفين، فإنّها لاتجوز عندهم. أمّا الوعدُ من طرفٍ واحدٍ، فإنّه يلزم عندهم، كما أسلفنا في مبحث الوعد في بيع الوفاء، عن الحطّاب أنّه قال:

"وأصل المسألة في نوازل أصبغ من جامع البيوع، ونقلها ابنُ عرفة باختصار فقال: الطّوعُ بها، أي بالثُّنيا بعد تمام العقد وقبضِ عوضيه دون توطئةٍ ولامواعدةٍ ولامراوضةٍ موقّتة ومطلقة حلالٌ في كل شيءٍ سوى الفروج "[2]

على أنّ توسّعَ الإمام مالك رحمه الله تعالى في سدّ الذّرائع في بيوع الآجال معروف. وأجاز الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى "المرابحة للآمر بالشّراء" بشرط أن يكون للآمر خيارٌ بعد شراء المأمور، فقال رحمه الله تعالى في كتاب الأمّ:

"ولا بأسَ في أن يُسْلِفَ الرّجلُ فيما ليس عنده أصلُه، وإذا أرى الرّجلُ الرّجلَ السّلعةَ فقال: اشترِ هذه، وأُربحك فيها كذا، فاشتراها الرّجل فالشّراء

---

(١) المقدّمات لابن رشد ٢: ٥٦

(٢) تحرير الكلام ص ٢٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

جائز. والّذي قال: أُربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه، وهكذا إن قال: اشترِ لي متاعاً ووصفه له، أو متاعاً أيَّ متاعٍ شئت، وأنا أُربحك فيه، فكلُّ هذا سواء: يجوز البيع الأوّل، ويكونُ هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواءٌ في هذا ما وصفت إن كان قال: أبتاعه وأشتريه منك بنقدٍ أو دينٍ، يجوز البيعُ الأوّل، ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدّداه جاز. وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأوّلَ فهو مفسوخٌ من قِبَلِ شيئين: أحدهما أنّه تبايعاه قبل أن يملكه البائع، والثّاني أنّه على مخاطرة أنّك إن اشتريتَه على كذا، أربحُك فيه كذا."[1]

واستدلّ به بعضُ العلماء المعاصرين على جواز "المرابحة للآمر بالشراء" بشرط أن لايكون هناك إلزامٌ على الآمر بأنّه يشتريه بعد شراء المأمور. أمّا إذا كان هناك إلزامٌ عليه بذلك، فلايجوز عندهم. وأجاز جماعةٌ من العلماء المعاصرين ذلك بأن يكون من قِبَل الآمر وعدٌ ملزمٌ بأنّه سوف يشتريه من المأمور بعد ما يتملّكه ويقبضه. وأجابوا عن نصّ الإمام الشافعيّ رحمه الله تعالى بأنّ ما منعه من الإلزام هو الإلزام بطريق العقد، لا عن طريق الوعد، فإنّه رحمه الله تعالى علّل عدم الجواز بأمرين: الأوّل "أنّهما تبايعا قبل أن يملكه البائع". والثّاني: "أنّه على مخاطرة أنّك إن اشتريتَه على كذا، أُربحك فيه كذا." وهذا ظاهرٌ في أنّه تصوّرَ المسئلة بأنّ الآمر والمأمور عقدا البيعَ الثانيَ قبل أن يشتريه المأمور، فصار بيعَ ما لايملكه البائع، وهو ممنوعٌ بالإجماع، أو صار بيعاً معلّقاً على شراء المأمور، والبيع المعلّق لايجوز عند أحدٍ من

(١) كتاب الأم، كتاب البيوع، باب في بيع العروض ٤: ٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

الأئمة الأربعة، وكلٌ واحدةٍ من هاتين العلّتين إنّما تصدق إن وقع بينهما عقدُ البيع الثاني قبل أن يتملّكه البائع. أمّا إذا لم يكن هناك عقدٌ عند الأمر بالشّراء، بل الوعدُ فقط، وينعقدُ البيع بإيجابٍ وقبولٍ بعد ما يتملّكه المأمور ويقبضه، فليس فيه بيعُ ما لا يملك، ولا بيعٌ معلّق، وقد أوضحنا الفروق الجوهريّة بين العقد والوعد في مبحث الوعد بالبيع بالتّوريد وغيره.

و ذكر السّرخسيّ رحمه الله تعالى عن الإمام محمّد مسألةً مماثلةً للمرابحة للآمر بالشراء، فقال:

"رجلٌ أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم، وأخبره أنّه إن فعل، اشتراها الآمرُ منه بألف ومائة، فخاف المأمورُ إن اشتراها أن لا يرغبَ الآمرُ في شرائها، قال: يشتري الدّارَ على أنّه بالخيار ثلاثةَ أيّام فيه ويقبضها، ثمّ يأتيه الآمر، فيقول له قد أخذتُها منك بألف ومائة.... وإن لم يرغب الآمر في شرائها، يمكن المأمور من ردّها بشرط الخيار، فيندفع الضّرر عنه بذلك."[1]

وإنّ في هذه الجزئيّة إنّما اقترح شرطُ الخيار في البيع الأوّل، ليتمكّن المشتري من ردّ المبيع إلى البائع الأوّل إن نكل الآمر من الشّراء، ولم يُذكر أنّ الآمر يلزمه الشّراء، ولم يُتصوّر الوعدُ الملزم. وهذا أيضاً ممّا يستدلّ به من يمنع الوعد الملزم في المرابحة للآمر بالشراء. أمّا الّذين يُجيزونه، فيُجيبون عن ذلك بأنّ الإمام الشافعيّ ومحمّداً رحمهما الله تعالى لم يذكرا الصّورةَ الّتي تشتمل على الوعد فقط، لأنّنا قدّمنا في مبحث الوعد أنّ الأصلَ فيه أنّه غيرُ ملزمٍ قضاءً، وهو مذهب الشّافعيّ ومحمّد

(١) المبسوط للإمام السرخسي رحمه الله تعالى، كتاب الحيل، باب في البيع والشراء ٣٠: ٢٣٧ و٢٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمهما الله تعالى أيضاً، ولذلك لم يتصوّرا في هذه المسئلة وعداً. وقد ذكرنا في مبحث الوعد أنه وإن لم يكن ملزماً في القضاء في عموم الأحوال، ولكن قد يلزم لحاجة النّاس. وعلى أساس هذه الحاجة في التّعاملات الكبيرة أجازه جمعٌ من الفقهاء المعاصرين مثل ما أجازه الفقهاء الحنفيّة والمالكيّة في بيع الوفاء، وقد فرغنا عن الكلام في ذلك في مبحث الوعد بالبيع، فليُراجع.

والحاصل أنّ الأحوطَ في المرابحة للآمر بالشّراء أن لا يكون هناك وعدٌ ملزمٌ من قِبل الآمر. ولكن إن دعت الحاجةُ إليه، فللجواز وجهٌ كما ذكرنا. ولايلزم بذلك البيعُ قبل التّملّك، ولا البيعُ المعلّق الّذي كان علّةً للمنع بتصريح الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى. بل يقتصر أثرُ الوعد على أنّ الواعد يجب عليه أن يفيَ بوعده، وإلاّ فإنّه يجبُر الخسرانَ الحقيقيّ الّذي أصاب الموعودَ له بسبب الإخلاف، كما فصّلناه في مبحث الوعد. وعلى هذا الأساس صدرت قراراتُ جواز ذلك من عدّة مجامع ومؤتمراتٍ فقهيّةٍ في عصرنا، ومنها مَجْمَعُ الفقه الإسلاميّ الدّوليّ الّذي بحث هذاالموضوعَ بدراسةٍ مستفيضةٍ ونقاشٍ طويلٍ في دورته الخامسة الّتي عُقدت بالكويت في جمادى الأولى سنة ١٤٠٩هـ وأصدر قراراً نصُّه مايلي:

"إنّ مجلس مجمع الفقه الإسلاميّ المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ/ ١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م.

بعد اطلاعه على البحوث المقدّمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي (الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء) واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما.

www.besturdubooks.wordpress.com

قرّر:

أولًا: أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعةٍ بعد دخولها في مِلك المأمور، وحصولِ القبض المطلوب شرعًا، هو بيعٌ جائزٌ طالما كانت تقع على المأمور مسئوليةُ التَّلَف قبل التَّسليم، وتَبِعة الرَّد بالعيب الخفيّ ونحوه من موجبات الرّدّ بعد التَّسليم، وتوافرت شروطُ البيع وانتفت موانعُه.

ثانيًا: الوعد (وهو الّذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزمًا للواعد ديانةً إلاّ لعذر، وهو ملزِمٌ قضاءً إذا كان معلّقًا على سبب، ودخل الموعودُ في كُلفةٍ نتيجةَ الوعد، ويتحدّد أثر الإلزام في هذه الحالة إمّا بتنفيذ الوعد، وإمّا بالتّعويض عن الضّرر الواقع فعلًا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثًا: المواعدة (وهي الّتي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار، فإنّها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تُشبه البيع نفسَه، حيثُ يُشترط عندئذ أن يكون البائعُ مالكًا للمبيع، حتّى لا تكونَ هناك مخالفةٌ لنهي النبيّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

ويوصي المؤتمر:

في ضوء ما لاحظته من أنّ أكثرَ المصارف الإسلاميّة اتّجه في أغلب نشاطاته إلى التّمويل عن طريق المرابحة للآمر بالشراء.

يوصي بما يلي:

www.besturdubooks.wordpress.com

أولًا: أن يتوسّع نشاطُ جميع المصارف الإسلاميّة في شتّى أساليب تنمية الاقتصاد، ولا سيّما إنشاء المشاريع الصّناعيّة أو التّجاريّة بجهود خاصّة، أو عن طريق المشاركة والمضاربة مع أطراف أخرى.

ثانيًا: أن تُدرس الحالات العمليّة لتطبيق (المرابحة للآمر بالشراء) لدى المصارف الإسلاميّة، لوضع أصولٍ تعصم من وقوع الخلل في التّطبيق، وتُعين على مراعاة الأحكام الشرعيّة العامّة، أو الخاصّة ببيع المرابحة للآمر بالشراء.

والله أعلم.[1]

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج٢ ص١٥٩٩ و ١٦٠٠ قرار رقم (٢، ٣) بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء

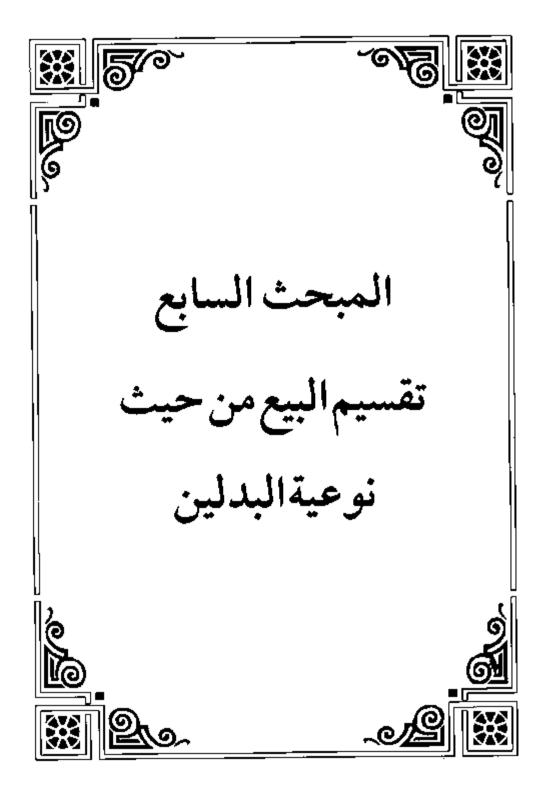
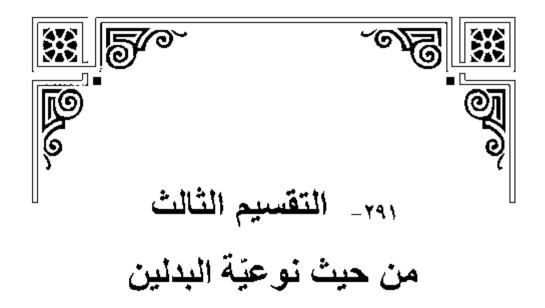
www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث السابع

تقسيم البيع من حيث نوعية البدلين

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٩١- التقسيم الثالث

من حيث نوعيّة البدلين

التقسيم الثالث للبيع من حيث نوعيّة البدلين، ومن هذه الجهة ينقسم البيع إلى ثلاثة أقسام:

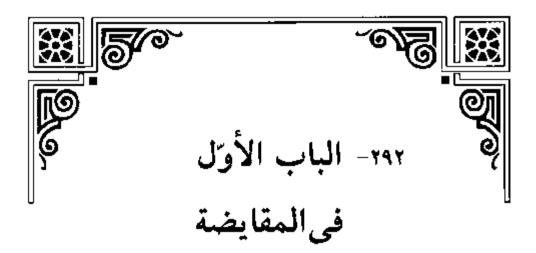
الأوّل: "البيع المطلق" وهو بيع العين بالأثمان الرائجة، مثل الدراهم والدنانير أو الفلوس، سواء أكانت حالّة أم مؤجّلة. وكلّما أطلق لفظ البيع، فالمراد به في عامّة الأحوال هذا النوع.

الثاني: بيع العروض بالعروض، ويسمّى في الاصطلاح "مقايضة"

والثالث: بيع النقود بالنقود، ويسمّى في الاصطلاح "صَرْفًا"

وبما أنّ كلّ ما ذكرنا من أحكام البيع، فهو منصبٌّ على القسم الأوّل، فنريد الآن أن نذكر الأحكام الخاصّة بالمقايضة والصّرف.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٩٢- الباب الأوّل

في المقايضة

تعريفُ المقايضة حسبما جاء في المادّة ١٢٢ من مجلّة الأحكام العدليّة، أنّه "بيعُ العَين بالعين أي مبادلةُ مالٍ بمالٍ غيرِ النّقدين." وهذا مثلُ أن يُباعَ ثوبٌ بثوبٍ، أو أرضٌ بأرضٍ، أو حيوانٌ بحيوانٍ. والمقايضةُ مأخوذ من القَيْض، وهو العِوض. وأصله ما جاء في حديث ذي الجوشن، قال:

"أتيتُ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم بعد أن فرغ من أهل بدر بابن فرسٍ لي يُقال لها القَرْحاء، فقلتُ: يا محمّد! إنّي قد جئتُك بابن القرحاء لتتّخذَه، قال: لا حاجةَ لي فيه، فإن شئتَ أن أقيّضَك به المختارةَ من دُروع بدر، فعلتُ. قلتُ: ما كنتُ أقيضُه اليومَ بغُرّة. قال: فلا حاجةَ لي فيه."(١)

والفروقُ الجوهريّة بين المقايضة والبيوع المطلقة تتلخّص فيما يلي:

١- كلُّ واحدٍ من البدلين في المقايضة يصلُح أن يُعتبرَ مبيعاً أو ثمناً. وبما أنّ كلَّ واحدٍ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في حمل السلاح إلى أرض العدو، حديث ٢٧٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

منهما يصلُح كونُه مبيعاً، فإنّه يجبُ أن يكون كلُّ واحدٍ منهما متعيّناً عند عقد البيع. فإن كان أحدُهما ديناً، مثل أن يبيع شخصٌ حصاناً معيّناً بطنٍّ من الحنطة ديناً، لايُعدّ مقايضةً، بل يكون سَلَماً يُشترط فيه شروط السّلَم.[1]

وهذا بخلاف بيع العروض بالنّقود، حيثُ إنّ العروضَ فيه مبيعٌ، والنّقودُ ثمن. فيجب تعيينُ العروض من حيثُ كونُها مبيعاً، ولايجبُ أن تكونَ النّقودُ متعيّنةً عند العقد.

٢- وبما أنّ كلَّ واحدٍ من البدلين في المقايضة عينٌ، فإنّه يجب أن يكون تسليمُ البدلين معاً، لاستوائهما في تعيُّن حقّ كلٍّ منهما قبل التّسليم. فإيجابُ تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكّم، فيُدفعان معاً.»[2] بخلاف بيع العروض بالنّقد، فإنّه يجبُ فيه تسليمُ الثّمن أوّلاً عند الحنفيّة، وتسليمُ المبيع أوّلاً عند الآخرين كما مرّ تفصيلُه في باب البيع الحالّ.

٣- إن باع أحد الخمرَ والخنزير مقايضةً بماهو متقوّمٌ، مثل الثّياب. فإنّ البيعَ باطلٌ في الخمر والخنزير، فاسدٌ في الثّياب في المشهور من مذهب الحنفيّة، فيملكُها مشتري الثّياب بالقبض بقيمته. بخلاف ما إذا وقع بيعُ الخمر والخنزير بالنّقود، فإنّه باطلٌ لايُفيد الملك، لافي الخمر والخنزير ولا في النّقود.[3]

٤- الأصلُ في بيع العروض بالنّقود أنّه إن هلك المبيعُ بعد قبض المشتري، فلا يمكنُ الإقالة. أمّا في المقايضة، فإن هلك أحدُ البدلين، فإنّه لايمنع الإقالةَ في الباقي منهما،

---

(١) البحر الرائق، كتاب البيوع، قبيل باب خيار الشرط ٥: ٥١٧

(٢) الهداية مع فتح القدير، قبيل باب خيار الشرط ٥: ٤٩٦

(٣) ردّالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٥٥٦ وسيجيئ في مبحث البيع الفاسد أنّ فيه خلافاً لابن الهمام حيثُ يجعل البيع في كلتا الصّورتين باطلاً، وهو الراجح.

www.besturdubooks.wordpress.com

فيجوز الإقالةُ فيه بأن يدفع المشتري قيمةَ الهالك إن كان قيمياً، أو مثله إذا كان مثلياً، ويُسلّمه إلى صاحبه، ويستردُّ العينَ الذي لم يهلك.[1]

٥- إذا تقايض رجلان، ثمّ تقايلا، فاشترى أحدُهما ما أقال، صار قابضاً بنفس العقد، لقيامهما (أي قيامِ كلٍّ من عوضي المقايضة)، فكان كلٌّ واحدٍ مضموناً بقيمةِ نفسه كالمغصوب، ولو هلك أحدُهما، ثمّ تقايلا، ثم جدّد أحدُهما العقدَ في القائم، لا يصيرُ قابضاً بنفس العقد، لأنّه يصيرُ مضموناً بقيمة العَرض الآخر، فشابهَ المرهون.[2]

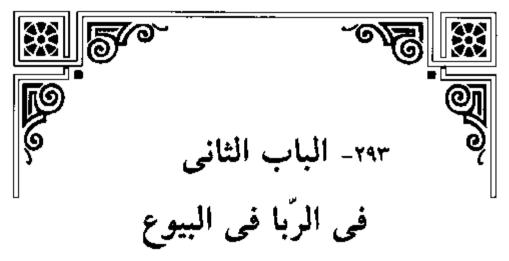
٦- إن كانت المقايضةُ في غير الأموال الرّبويّة، فلا يُشترطُ التّساوي في البدلين في القَدْر أو القيمة، ولا أن يكون البيعُ حالاً، بل بمُراعاةِ الفُروق المذكورة، تنطبق عليها جميعُ أحكامِ البيع. أمّا إن كانت المقايضةُ في الأموال الرّبويّة، فلها أحكامٌ تخصّها، ولذلك أفرد لها الفقهاء باباً مستقلاً، فلنذكر هذه الأحكام بشيءٍ من التّفصيل، والله سبحانه وتعالى هو الموفق للصّواب والسّداد.

---

(١) البحر الرائق، باب الإقالة ٦: ١٧٤ و ١٧٥

(٢) البحر الرائق نقلاً عن الكافي، باب الإقالة ٦: ١٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

في الرّبا في البيوع

الرّبا الّذي حرّمه القرآن الكريم عرّفه الإمام أبوبكر الجصّاص رحمه الله تعالى بقوله: "هو القرضُ المشروطُ فيه الأجلُ وزيادةُ مالٍ على المستقرض"[1] وهذا النّوعُ من الرّبا يُسمّى "رِبَا القَرْض" أو "ربا القرآن" لكونه حرّمه القرآن الكريم. ثمّ ألحق به النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم نوعاً آخر من البيع، ويُسمّى "رِباَ الفضل" أو "ربا النّسيئة". والأصلُ فيه قولُ النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم في حديث أبي سعيد الخُدريّ رضي الله تعالى عنه:

"الذّهبُ بالذّهب، والفضّةُ بالفضّة، والبُرُّ بالبُرّ، والشّعيرُ بالشّعير، والتّمْرُ بالتّمْر، والمِلْحُ بالملح، مِثلاً بمثلٍ، يداً بيدٍ. فمن زادَ أو استزادَ فقد أربى. الآخذُ والمُعطي فيه سواء."

وجاء مثلُه في حديث عبادة بن الصّامت رضي الله تعالى عنه، وفي آخره:

---

(١) أحكام القرآن للجصّاص ١: ٥٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد." [١]

فذكر النبي الكريم صلّى الله عليه وسلّم الأشياء الستّة، وحكم فيها بأمرين: الأول: أنّه إذا وقع بيعُ أحدٍ من هذه الأشياء الستّة بجنسها، وجب أن يكون قدرُ كلّ واحدٍ من البدلين مساوياً للآخر. ولا يجوز فيه التفاضل. والثاني: أنه إذا بيع أحد هذه الأشياء بغير جنسه، مثل الحنطة بالتمر، فيجوز فيه التفاضل، ولكن يجبُ أن يكون البيعُ حالاً. ولا يجوز فيه النسيئة، فإنّ النسيئة فيها ربا. وهذا النوعُ من البيع يُسمّى "ربا النسيئة".

وإنّ النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم ذكر الأشياء الستّة، ولم يذكر غيرها. فذهب جمعٌ من السلف إلى أنّ هذا الحكم مقتصرٌ على هذه الأشياء فقط، ولا يتعدّى إلى غيرها. وهذا القولُ مرويٌّ عن طاوس وقتادة رحمهما الله تعالى. وبه قال داود الظاهريّ ونفاةُ القياس. ورُوي ذلك عن الشعبيّ ومسروق، وعثمان البتّي أيضاً. [٢]

واتّفق القائلون بالقياس على أنّ الحرمة في هذه الأشياء الستّة معلّلة بعلّة، فكلّما وُجدت تلك العلّةُ في غيرها من الأشياء، ثبتت الحرمة، لأنّ القياس دليلٌ شرعيٌ. فيجب استخراجُ علّة هذا الحكم، وإثباته في كلّ موضع وُجدت العلّةُ فيه، فكلّ ما ثبتت فيه العلّةُ صار من الأموال الربوية التي حرُم فيها التفاضلُ والنسيئة إذا بيعت بجنسها، وحرُمت النسيئة فقط إذا بيعت بخلاف جنسها. ثمّ اختلفوا في تعيين الأموال

(١) الحديثين أخرجهما مسلم في صحيحه، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث ٤٠٣٤ و ٤٠٣٥ وحديث أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أخرجه أيضاً البخاري بلفظ مختلف في باب بيع الخلط من التمر، وباب بيع الفضّة بالفضّة بلفظ آخر.
(٢) المغني لابن قدامة ٤: ١٢٤ وعمدة القاري للعيني ٥: ٤٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الرّبويّة لاختلافهم في تعليل حكم الحديث.

٢٩٤- تعيين الأموال الرّبويّة

١. قال الحنفيّة: إنّ العلّة في الذّهب والفضّة: الوزنُ مع الجنس، فكلُّ ما يُباع بالوزن داخلٌ في الأموال الرّبويّة. والعلّة في الأشياء الأربعة: الكيلُ مع الجنس، فكلّ ما يُباع بالكيل داخلٌ في الأموال الرّبويّة. وبه قال أحمد في رواية، والثّوريّ، والنّخعيّ، والزّهريّ، وإسحاق بن راهويه.

فعلى هذا القول يجري الرّبا في كلّ مكيلٍ أو موزونٍ إذا بيع بجنسه، مطعوماً كان أو غيرَ مطعوم، كالحبوب، والنّورة، والقُطن، والصّوف، والحِنّاء والعُصفر، والحديد، والنّحاس، واللحم، والثّمار، ونحو ذلك. ويُعبّر عن الكيل والوزن بالقدر، ويُقال إنّ العلّة عند الحنفيّة القدرُ والجنس، فإذا وُجدا معاً، مثلَ بيع الحنطة بالحنطة، حرُم التّفاضل والنّسيئة كلاهما، والجيّدُ والرّديءُ في هذ الحكم سواء، لأنّ الشّريعة أهدرت الأوصافَ في الأموال الرّبويّة. وإن وُجدت إحدى العلّتين، مثلَ أن يوجد القدرُ لاالجنس، في مثل بيع الحنطة بالشّعير، جاز التّفاضلُ وحرُمت النّسيئة، وكذلك إن وُجد اتّحاد الجنس، ولم يوجد القدر، مثل بيع الحيوان بالحيوان، جاز التّفاضل، وحرُمت النّسيئة، فيجوز بيعُ شاة بشاتين بشرط أن يكون البيعُ حالاً. أمّا إذا انعدم القدرُ والجنس كلاهما، جاز التّفاضل والنّسيئة كلاهما، مثل أن يُباع تُفّاحةٌ ببيضتين إلى أجل، فإنّه جائز، لأنّه لايوجد فيهما اتحاد القدر ولا اتحاد الجنس.

٢. قال الشّافعيّة: إنّ العلّة في الذّهب والفضّة: الثّمنيّة مع اتّحاد الجنس، وفيما عداها كونُها مطعومةً مع اتّحاد الجنس، وهو روايةٌ عن أحمد، ودليلُهم حديث معمر بن

www.besturdubooks.wordpress.com

عبد الله رضي الله عنه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الطّعام بالطّعام إلّا مثلاً بمثل[1]، ولأنّ الطّعم وصفُ شرَف، إذ به قِوامُ الأبدان، والثّمنيّةُ وصفُ شرَف، إذ به قوامُ الأموال، فيقتضي التّعليلُ بهما.

فعلى هذا القول يجري ربا الفضل في سائر المطعومات، سواءٌ أكانت مكيلةً أم موزونةً أو عدديّةً، وسواءٌ أكانت مطعومةً للتّغذية، مثلَ الحنطة والشّعير وسائر الحبوب، أم للتّفكّه، كالتّمر، والتّفّاح والرّمّان، والزّبيب، والتّين، وغيرها، أم للتّداوي، مثلَ الملح والسّقمونيا، والزّنجبيل ونحوها من العقاقير المتجانسة، كالحبّة اليابسة.[2] أمّا ما ليس بمطعوم، كالحديد، فليس عندهم من الأموال الرّبويّة، فيصحّ بيعُه بجنسه متفاضلاً كعروض التّجارة.

وكذلك يجري عندهم الرّبا في الذّهب والفضّة لوجود الثّمنيّة فيهما، سواء أكانا مضروبين، أم غيرَ مضروبين، فالحُليّ المصوغة والتّبرُ كلاهما من الأموال الرّبويّة، فلا يجوز بيعُ التّبر بالحُليّ المصوغ إلاّ بالتّساوي في الوزن. والمرادُ من الثّمنيّة جوهريّةُ الثّمن، فلاتدخلُ فيها الفلوس، فإنّها ليست من الأموال الرّبويّة عند الشّافعيّة.[3] وسيأتي مزيدُ التّفصيل في الأثمان في بيان الصّرف إن شاء الله تعالى.

٣. قال المالكيّة: إنّ العلّة في الذّهب والفضّة: الثّمنيّةُ مع الجنس، أمّا في غيرها من المطعومات، فإنّ العلّةَ تختلف عندهم بين حرمة النّسيئة وحرمة التّفاضل. فالعلّةُ في تحريم النّسيئة مجرّدُ المطعوميّة على غير وجه التّداوي، سواءٌ أوُجد الاقتيات أو

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، باب بيع الطعام مثلا بمثل، حديث ٤٠٥١

(٢) مغني المحتاج ٢: ٣٦٥

(٣) مغني المحتاج ٢: ٣٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الادّخار أم لا، مثل أنواع الخُضار من قثّاء، وبطّيخ وليمون، وجزر، وأنواع الفاكهة الرّطبة، كالتّفّاح والموز، فيجوز عندهم التّفاضل في المطعومات الّتي ليست مدّخرة، ولكن لايجوز النّسيئة.[1]

أمّا حرمةُ التّفاضل، فعلّته عندهم اقتيات وادّخار، ومعنى الاقتيات أن يصلُح لإقامة البنية بحيثُ لاتفسُد البنية بالاقتصار عليه، مثلُ الحنطة والشّعير وسائر الحبوب، وفي معناه ما يُصلِح القُوت، مثلُ الملح والتّوابل. ومعنى الادّخار أن لايفسُد بتأخيره إلى الأمد المبتغى منه عادةً، ولاحدَّ له على ظاهر المذهب، بل هو في كلِّ شيئٍ بحسبه. وعلى هذا، فالخضار والفواكهُ الرّطبة الّتي لاتدّخر لايحرُم فيها التّفاضل. وإلى تعليل المالكيّة مال الشّيخ وليّ الله الدهلويّ في المصفّى.[2]

واستدلّوا بأنّه لو كان المقصودُ الطّعمَ وحده، لاكتفى في الحديث بالتّنبيه على ذلك بالنّصّ على واحدٍ من تلك الأصناف الأربعة، فلمّا ذكر منها عدداً، عُلِم أنّه قصد بكلِّ واحدٍ منها التّنبيه على ما في معناه، وهي كلُّها يجمعُها الاقتيات والادّخار. أمّا البُرّ والشّعير، فنبّه بهما على أصناف الحبوب المدّخرة، ونبّه بالتّمر على جميع أنواع الحلاوات المدّخرة، كالسّكّر، والعسل، والزّبيب، ونبّه بالملح على جميع التّوابل المدّخرة لإصلاح الطّعام.

وبالتّالي، فإنّهم قالوا: لمّا كان معقولُ المعنى في الرّبا إنّما هو أن لا يغبُن بعضُ النّاس بعضاً، وأن تُحفَظ أموالهم، فوجبُ أن يكون ذلك في أصول المعايش. وهي

---

(١) حاشية الدّسوقي ٣: ٤٧ وبداية المجتهد ٢: ١٣٠

(٢) المصفّى ١: ٣٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com

الأقوات. كذا قال ابن رشد في بداية المجتهد.[١]

٤. أمّا الإمام أحمد رحمه الله تعالى، فقد رُويت عنه روايات: إحداها موافقة للحنفيّة، والظّاهر أنها هي الرّاجحة عندهم، وأخراها موافقة لمذهب الشافعيّة. ورواية ثالثة تقول: إنّ العلّة فيما عدا الذّهب والفضّة كونه مطعوماً ومكيلاً أو موزوناً، مع الجنس، فلا يجري الرّبا في مطعوم لا يُكال ولا يوزن، كالبَيض، وسائر العدديّات المطعومة، ولا فيما ليس بمطعوم، وإن كان مكيلاً أو موزوناً، كالزّعفران، والحديد، والنُّحاس، وغيره. وهو قول سعيد بن المسيّب، وبه قال الشّافعيّ في القديم، كما في المغني لابن قدامة.[٢]

واستدلّوا بما رُوي عن سعيد بن المسيّب عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: "لا ربا إلّا في ذهب أو فضّة، أوممّا يُكال أو يوزن، ويؤكل ويُشرب"، أخرجه الدّارقطني، وقال: "هذا مرسَل، ووهم المبارك على مالك برفعه إلى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، وإنّما هو من قول سعيد بن المسيّب، مرسل."[٣]

وإنّ هذه المذاهب الأربعة هي المشهورة في هذا الباب ، وإن كانت فيه ستّةُ أقوال أخرى، فإنّها ليست مشهورةً ولا متّبعة. وقد ذكرها العينيّ في باب بيع الطّعام

---

(١) بداية المجتهد ٢: ١٣٠ و ١٣١

(٢) المغني ٤: ١٢٦

(٣) سنن الدّارقطني، كتاب البيوع، ٢: ٥٨٢ رقم ٢٧٩٧ وقد أخرجه مالك في الموطأ، باب بيع الذّهب بالفضّة تبراً وعيناً، من قول سعيد بن المسيب ص ٥٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

والحكرة من عمدة القاري.(١)

٢٩٥- المسائل المتعلقة بالجنس

بما أنّه يُشترط لحُرمةَ التّفاضل عند جميع الفقهاء أن يكون جنسُ البدلين متّحداً، فلابُدّ من معرفة معنى اتحاد الجنس واختلافه. والّذي ذكره الفقهاءُ في هذا الصّدد يتلخّص منه أنّ اختلاف الجنس يتحقّق بأحد من الأمور الآتية:

٢٩٦- اختلاف الماهية

أن يكون أحدُ الشّيئين مغايراً للآخر تسميةً، وماهيةً، وعرفاً، مثل الحنطة والشّعير، ولو كان مقصودُهما الكليُّ واحداً، وهو التّغذية. وهو قولُ الجمهور، خلافاً لمالك رحمه الله تعالى، حيثُ جعل الحنطة والشّعير جنساً واحداً نظراً إلى مقصود التّغذية.(٢)

٢٩٧- اختلاف الأصل

قد يختلف الجنسُ بأن يكون أصلُ الشّيئين مختلفاً، وإن كان يجمعُها اسمٌ واحدٌ كليٌّ، مثلُ خلِّ العنب يُعتبرُ جنساً مختلفاً عن خلِّ التّمر. ولحمُ البقر يُعتبر مختلف الجنس مع لحمِ الغنم والإبل، فيجوز التّفاضلُ بين لحمِ البقر ولحمِ الغنم عند الحنفيّة والشّافعيّة، إلاّ أنّهم جعلوا لحمَ البقر والجاموس جنساً واحداً، وكذلك لحمُ المعز مع الضّأن جنسٌ واحدٌ عندهم،(٣) وكذلك لبنُ البقر مختلفُ الجنس مع لبن الغنم.(٤)

---

(١) عمدة القاري ٥: ٤٩٠

(٢) القوانين الفقهيّة لابن جزي، كتاب البيوع، الباب الرابع في الربا في الطعام ص ٤٠١

(٣) مغني المحتاج ٢: ٣٦٧ وفتح القدير ٦: ١٧٤

(٤) الهداية مع فتح القدير، باب الربو ٦: ١٧٤

www.besturdubooks.wordpress.com

وهو الذي رجّحه ابنُ قُدامة من مذهب أحمد. وإن كان عنه رواية أنّ جميعَ اللّحوم جنسٌ واحد، فلا يجوز التّفاضلُ فيها.

أمّا المالكيّة، فالأنعامُ ذوات الأربع كلُّها جنسٌ واحد، فيحرُم عندهم بيعُ لحم بعضها ببعض متفاضلاً،[١] وكذلك الحُلول كلُّها جنسٌ واحد، لأنّ المبتغى منها شيئٌ واحد، وهو الحُموضة.[٢]

٢٩٨- اختلاف في المقاصد

قد يختلف الجنسُ بأن يكون بينهما اختلافٌ في المقاصد، مثلُ شَعر المعز وصُوف الضّأن، فإنّ لحمَ المعز والضّأن وإن اعتُبرا جنساً واحداً كما أسلفنا، ولكنّ مقاصدَ الشّعر والصّوف مختلفةٌ، فإنّ ما يُقصد بالشّعر من الآلات غيرُ ما يُقصد بالصّوف. وكذلك اللّحمُ والشّحمُ جنسان، وشحمُ البطن والألية جنسان، فيجوز التّفاضلُ فيما بينها، ولكن لايجوز النّسيئةُ عند الحنفيّة، لأنّ القدْر، وهو الوزن متّحدٌ في جميعها، فإنّها تُباع بالوزن. وكذلك الرّؤوس، والأكارع أجناسٌ مختلفة، يجوز فيها التّفاضل، لا النّسيئة، لأنّها موزونة، فيجمعُها القدر.[٣] وهذا ممّا صرّح به الحنفيّة، وبه قال الحنابلة، ولكن علّلوه بأنّها مختلفةٌ في الاسم والخلقة.[٤]

أمّا الإمام مالك رحمه الله تعالى، فشرح ابنُ رشد مذهبه في مثل هذا بقوله:

(١) حاشية الدسوقي ٣: ٤٨

(٢) الدسوقي ٣: ٤٩

(٣) فتح القدير ٦: ١٧٤ و ١٧٥

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٣: ٢٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com

"ومالكٌ يعتبر في الصّنف المؤثّر في التّفاضل في الرّبويّات، وفي النّساء في غير الرّبويّات اتّفاقَ المنافع واختلافَها. فإذا اختلفت، جعلها صنفين، وإن كان الاسمُ واحداً."[1]

٢٩٩- زيادة الصّنعة

قد يكون أصلُ الشّيئين واحداً، ولكن في أحدهما زيادةُ صنعة. مثل الخُبز مع الدّقيق، فإنّ الخبزَ أصلُه دقيق، ولكن دخلت فيها الصّنعةُ بما أفردت له اسماً، وصار عددياً، فصارا جنسين، كما في فتح القدير. والظّاهر أنّ مذهب مالك رحمه الله تعالى مثلُه في اختلافِ الجنس باختلاف الصّنعة. فإنّه جاء في المدوّنة: "لابأس بالسّويق والدّقيق أو بالحنطة متفاضلاً، لصنعة في ذلك."[2] غير أنّ جمهورَ الحنفيّة لايجيزون بيعَ الحنطة بالدّقيق لسبب آخر، وهو عدمُ إمكان التّماثل، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

٣٠٠- اختلاف الصّنعة

قد يكون كلُّ واحدٍ من الشّيئين مصنوعاً، وبينهما اختلافٌ في الصّنعة، ومثّلها الفقهاءُ بالثّوب الهرَويّ (المنسوب إلى هراة) والمرْويّ (المنسوب إلى مرْو). قال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى: "والثّوب الهرويّ والمرويّ -وهو بسكون الرّاء- جنسان لاختلاف الصّنعة، وقِوام الثّوب بها، وكذا المَرْويّ المنسوجُ ببغداد وخراسان. واللِّبد الأرمنيّ

(١) بداية المجتهد ٢: ١٣٣

(٢) المواق على هامش الحطّاب ٤: ٣٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والطّالقاني جنسان."[1]

وعلى هذا، فالثياب المنسوجة ببلادٍ مختلفة أو شركاتٍ مختلفة، تُعتبر أجناساً مختلفةً إن كان بينها تفاوتٌ في الصّناعة. وكذلك السيّارات والدرّاجات والأجهزة الكهربائيّة المصنوعةُ ببلادٍ مختلفة، أو بشركاتٍ مختلفة. والظّاهرُ أنّ الكتبَ المختلفةَ أجناسٌ مختلفة. وينبغي على الأصل الّذي ذكره ابن الهمام رحمه الله تعالى أن تكون الطّباعات المختلفة من كتاب واحدٍ أجناساً مختلفةً، إن كان بينها فرقٌ من حيثُ نوعيّةُ الورق، ومستوى الطّباعة والتّصحيح وغيره. لأنّه بمثابة الاختلاف في الصّنعة، فينبغي أن يجوز بينها التّفاضلُ لفقدان القدر، والنّسيئةُ لاختلاف الجنس. أمّا النُّسخ من طباعةٍ واحدة، فجنسٌ واحد، فلا يجوز النّسيئةُ في مبادلة بعضها ببعض على قول الحنفيّة، لأنّ اتّحاد الجنس يُحرّم النّسيئة عندهم. أمّا الفقهاء الآخرون الّذين لايحرّمون النّسيئة لمجرّد اتّحاد الجنس مع فوات العلّة الأخرى كما سيأتي، فلاتحرم النّسيئة عندهم في مبادلة هذه الكتب.

٣٠١- اختلاف النّضج في الثّمار

وكذلك اعتبر الفقهاء الحنفيّةُ اختلاف النُّضج اختلافاً في الجنس إن اختلفت أسماءُ هما ومقاصدهما، وإن كان أصلهما واحداً. فقالوا: البُسر والرُّطب جنسان.[2]

---

(١) فتح القدير ٦: ١٥٦ و ١٥٧

(٢) راجع الدر المختار مع رد المحتار ١٤: ٥٨٨ فقره ٢٣٣٧٩ مع حاشية الرافعي

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٠٢- هل اتحاد الجنس بانفراده يحرّم النسيئة؟

قد سبق في مذهب الحنفيّة أنّ الجنس بانفراده يُحرِّم النّسيئة، سواءٌ لم يوجد فيهما قدر، بأن كان معدوداً، مثلُ الحيوان إذا بيعَ بجنسه من الحيوان يجوزُ فيه التّفاضل لفقدان القدر، ولكن لاتجوز النّسيئة، لاتّحاد الجنس. وهذا القولُ مرويٌّ عن عبدالله بن عمر، وعمّار، وابن الحنفيّة، وعبدالله بن عمير، وعطاء، وعكرمة بن خالد، وابن سيرين، والثّوريّ، وهو روايةٌ في مذهب الحنابلة أيضاً. ولكنّ الرّاجح في مذهبهم، وفي مذهب الشّافعيّة[1] أنّ مجرّد اتّحاد الجنس لايُحرِّم النّسيئة. إن لم توجد فيه علّةٌ أخرى على اختلاف في تعيينها.

وحجّةُ الحنفيّة ومن وافقهم حديثُ سمرة بن جندب، وابنِ عبّاس رضي الله تعالى عنهما: "أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة."[2]

وعن الإمام مالك رحمه الله تعالى فيه روايتان: الأولى: أنّ النّسيئة لاتجوزُ عند التّفاضل في بيع الحيوان بالحيوان، والأخرى: أنّ النّسيئة ممنوعةٌ بدون التّفاضل أيضاً. قال ابنُ رشد رحمه الله تعالى: "وأمّا غيرُ المطعومة، فإنّه لايجوزُ فيها النّساء عنده فيما اتّفقت منافعُه مع التّفاضل. فلايجوز عنده شاةٌ واحدةٌ بشاتين إلى أجل، إلاّ أن تكون إحداهما حلوبةً، والأخرى أكولةً. هذا هو المشهورُ عنه. وقد قيل: إنّه يعتبر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ١٣١و١٣٢ تحت قول الخرقيّ "وما كان ممّا لايكال ولايوزن فجائزٌ التفاضل فيه يداً بيد."

(٢) أخرجه النسائي والترمذي وابن ماجه والطّحاوي، وصحّحه الترمذي وصحّح سماع الحسن من سمرة رضي الله تعالى عنهما، وقد أطال شيخنا العثمانيّ رحمه الله تعالى في الكلام على إسناد الحديثين، وانتهى إلى أنّهما ممّا يصحّ الاحتجاج بهما (راجع إعلاء السّنن ١٤: ٢٨٠)

www.besturdubooks.wordpress.com

المنافع دون التفاضل. فعلى هذا لايجوز عنده شاةٌ حَلوبةٌ بشاة حَلوبة إلى أجل. فأمّا إذا اختلفت المنافع، فالتفاضلُ والنّسيئةُ عنده جائزان، وإن كان الصّنفُ واحداً. وقيل: يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع، والأشهرُ أن لايُعتبر."[1]

المسائل المتعلقة بالقدر

٣٠٣- القدْر الّذى يتحقّق فيه الرّبا

القدْر الّذى يتحقّق فيه الرّبا عند الحنفيّة على ما ذُكر فى متون الحنفيّة هو ما كان نصفَ صاعٍ فأكثر. فإذا كان أقلَّ من نصف صاعٍ، فإنّه يجوزُ فيه التّفاضل، لأنّه لاتقديرَ فى الشّرع بما دون ذلك. فيجوز بيعُ حَفْنَةٍ[2] من الحنطة بحفْنتين، وذرّةٍ من الذّهب أو الفضّة بمثليها. ولكن ردّه ابنُ الهمام رحمه الله تعالى، فقال:

"والصحيح ثبوتُ الرّبا، ولايسكُن الخاطر إلى هذا، بل يجبُ بعد التّعليل بالقصد إلى صيانة أموالِ النّاس تحريمُ التفّاحة بالتفّاحتين، والحفنة بالحفنتين. أمّا إن كانت مكاييلُ أصغرُ منها، كما فى ديارنا من وضع رُبع القدح وثُمن القدح المصريّ، فلا شكّ. وكونُ الشّرع لم يُقدّر بعضَ المقدّرات الشّرعيّة فى الواجبات الماليّة، كالكفّارات، وصدقة الفطر بأقلَّ منه لايستلزم إهدارَ التّفاوت المتيقّن، بل لايحلّ بعد تيقّن التّفاضل، مع تيقّن تحريم إهداره. ولقد أعجبُ غايةَ العجب من كلامهم هذا. وروى المعلّى عن محمّد أنّه كره التّمرة بالتّمرتين. وقال: كلُّ شيئ حرُم فى الكثير، فالقليل

(١) بداية المجتهد ٢: ١٣٤

(٢) الحفنة ملأ الكفين. وقيل: ملأ كفّ واحد. والحكم فيهما سواء.

www.besturdubooks.wordpress.com

منه حرام."[1]

وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى بعد نقل كلام ابن الهمام رحمه الله تعالى:

"فهذا كما ترى تصحيحٌ لهذه الرّواية، وقد نقل من بعده كلامه هذا، وأقرّوه عليه، كصاحب البحر، والنّهر، والمنح، والشّرنبلالية، والمقدسي."[2]

فتبيّن أنّ الرّاجح عند المتأخرين من الحنفيّة حرمةُ التّفاوت في القليل والكثير، فلايجوز الحفْنة بحفنتين، ولاالتّمرةُ بتمرتين، ولا ذرّةٌ من الذّهب أو الفضّة بذرّتين. وهو مذهب الشّافعيّ وأحمد رحمهما الله تعالى[3]، وإنّه هو الموافقُ لقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم "مثلاً بمثلٍ" و"سواءً بسواءٍ"

٣٠٤- تأثير العُرف في الكيل والوزن

ثمّ أكثرُ الفقهاء على أنّ مانصّ عليه النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم بحرمة التّفاضل فيه كيلاً يبقى مكيلاً في الشّرع إلى الأبد، وتجب المساواةُ بالكيل عند تبادله بالمتجانس، وما نصّ على تحريم التّفاضل فيه وزناً، فهو موزونٌ أبداً، ويجب التّساوي بينهما في الوزن. سواءٌ تغيّر عرفُ بلدٍ أو بلاد. فأصبح المكيلُ موزوناً، مثلُ الحنطة والشعير والتّمر، فإنّها كانت مكيلةً في عهد النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم، ولكن تغيّر عرفُ كثيرٍ من البلاد، فأصبحت تُباع وتُشترى بالوزن، ولكنّها تبقى مكيلةً في الشّرع، فتجب المساواةُ بينها في الكيل، ولاتُعتبر المساواةُ في الوزن.

---

(١) فتح القدير ٦: ١٥٢و١٥٣

(٢) ردّالمحتار، باب الربا ١٥: ٢٤٤ فقره ٢٤٣٨٠

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وهذا مذهب الشافعيّة والحنابلة والمالكيّة،[١] وهو الصّحيح من مذهب أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى.

ورُوِيَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّه يُعتبر في ذلك العُرف، ولو على خلاف المنصوص، لأنّ النّصّ على ذلك لمكان العادة، فكانت هي المنظورَ إليها، وقد تبدّلت، فعلى هذا لو تغيّر العُرف في الحنطة أوالشعير أوالتّمر، بأن أصبحت تُباع وتُشترى وزناً، جاز بيعُها بجنسها متساويةً وزناً، ولايجب التّساوي في الكيل. وحجّةُ الجمهور أنّ النصّ أقوى من العُرف، ولكن رجّح ابنُ الهمام قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى بقوله:

"ولايخفى أنّ هذا لايلزمُ أبا يوسف، لأنّ قُصاراه أنّه كنصّه على ذلك، وهو يقول: يُصارُ إلى العُرف الطّارئ بعد النّصّ بناءً على أنّ تغيّر العادة يستلزم تغيّر النصّ، حتّى لوكان صلّى الله عليه وسلّم حيّاً، لنصّ عليه على وِزان ما ذكرنا في سنّيّة التّراويح، مع أنّه صلّى الله عليه وسلّم لم يُواظب عليه، بل فعله مرّةً، ثمّ ترك، لكن لمّا بيّن عذرَ خشية الافتراض على معنىً لولاه لواظب، حُكم بالسنّيّة مع عدم المواظبة، لأنّا أمِنّا من بعده النّسخَ، فحكَمْنا بالسّنّيّة، فكذا هذا، لو تغيّرت تلك العادةُ الّتي كان النّصُّ باعتبارها إلى عادةٍ أخرى، تغيّر النّصّ."[٢]

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أفتى كثيرٌ من متأخري الحنفيّة، وقال ابنُ

(١) المغني لابن قدامة ٤: ١٣٦ والفروق للقرافي ٣: ٢٦٤و٢٦٥ الفرق الثاني والتسعون والمائة
(٢) فتح القدير ٦: ١٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

عابدين رحمه الله تعالى: "ولايخفى أنّ هذا فيه تقويةٌ لقول أبي يوسف." [1] وقال رحمه الله تعالى في "نشر العَرْف":

"وعلى هذا، فلو تعارف النّاسُ بيعَ الدّراهم بالدّراهم، أو استقراضها بالعدد، كما في زماننا، لايكونُ مخالفاً للنّصِ، فالله تعالى يَجزي الإمام أبا يوسف عن أهل هذا الزّمان خيرَ الجزاء، فلقد سدّ عنهم باباً عظيماً من الرّبا." ثمّ قال: "والذّهب والفضّة موزونان، فإذا اشترى شيئاً بعشرين ريالاً مثلاً، لابدّ على قول أبي حنيفة ومحمّد من بيان أنّ الرّيال المذكورَ من ضرب سنة كذا، ليكون متّحدَ الوزن، وكذا لواشْتُرِيَ بالذّهب كالذّهب المحموديّ الجهاديّ والذّهب العدليّ في زماننا، فإنّ كلاً منهما متفاوتُ الأفراد في الوزن، وكذا الرّيالُ الفرنجيّ نوعٌ منه أثقلُ من نوعٍ، فعلى قولهما (أي أبي حنيفة ومحمّد) جميعُ عقود أهل هذا الزّمان فاسدةٌ من بيعٍ، وقرضٍ، وصَرْفٍ، وحوالةٍ، وكفالةٍ، وإجارةٍ، وشركةٍ، ومُضاربةٍ، وصُلحٍ، وكذا يلزم فسادُ التّسمية في نحو نكاحٍ، وخلعٍ، وعتقٍ على مالٍ، وفسد الدّعوى والقضاءُ والشّهادةِ بالمال، وغير ذلك من المعاملات الشّرعيّة، فإنّ أهل هذا الزّمان لاينظُرون إلى هذا التّفاوت، بل يشترى أحدُهم بالذّهب وبالرّيال ويُطلِق، ثمّ يدفع الثّقيل أو الخفيف، وكذا في الإجارة والدّعوى وغيرها، وكذا يستقرضُ الثّقيلَ، ويدفع بدله الخفيفَ، وبالعكس، ويقبلُ المُقرِض منه ذلك مالم تختلف القيمةُ، ويلزمُ من ذلك تحقّق الرّبا، لتحقّق التّفاوت في الوزن بما

(١) ردّالمحتار ١٥: ٢٤٦ فقره ٢٤٣٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

يدخل تحت المعيار الشّرعيّ كالقيراط والأكثر، بل الظاهرُ أنّ القمحة في الذّهب معيارٌ في زماننا، لأنّ الذّهب الذي ينقص قمحةً عن معياره الذي ضربه السّلطان عليه يُحاسبون على نقصه، أمّا الزّائد، فلا يعتبرون فيه الزّيادةَ، كالذّهب المشخّص، إذا زاد قمحةً، أو أكثر، ولا يخفى أنّ في قولهما (أي قول أبي حنيفة ومحمّد) في هذا الزّمان حرجاً عظيماً لما علمتَه من لزوم هذه المحظورات. وقد ركز هذا العُرفُ في عقولهم من عالمٍ وجاهلٍ، وصالحٍ وطالحٍ، فيلزم منه تفسيقُ أهل العصر، فيتعيّن الإفتاء بذلك على هذه الرّواية عن أبي يوسف."[1]

وهذا الخلافُ فيما نصّ عليه النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم بكونه مكيلاً أو موزوناً. أمّا الأشياءُ الّتي لم يرد فيها نصٌّ بكونه مكيلاً أو موزوناً، مثل الأرز، فمذهب جميع الحنفيّة والمالكيّة أنّه يُعتبر فيه العُرف والعادة، فما كان مكيلاً في العُرف، فهو كيليٌّ، وماكان موزوناً فهو وزنيّ.[2]

أمّا الحنابلةُ والشّافعيّة، فذهبوا إلى أنّ المعتبرَ في جميع الأشياء عُرفُ أهل الحجاز في زمن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، سواءٌ ورد به نصٌّ أولا. واستدلّوا في ذلك

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢: ١١٨ و١١٩

(٢) فتح القدير٦: ١٥٧ والفروق للقرافيّ ٣: ٢٦٤و٢٦٥ الفرق الثاني والسبعون والمائة، ويظهر من عبارة القوانين الفقهيّة لابن جزيّ أنّ المعتبر عندالمالكيّة العُرف مطلقاً، مثل قول أبي يوسف، لأنّه قال: "ويُعرف التّماثل بالكيل والوزن على حسب عوائد البلاد." (الباب الرابع في الرّبا في الطّعام ص٤٠٣) ولكنّ الظاهر أنّ المراد منه مالم يرد فيه نصّ، كما أوضحه القرافيّ رحمه الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنّ النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم قال: "المكيالُ على مكيالِ أهلِ المدينة، والوزنُ على وزنِ أهلِ مكّة."[1] وقال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "وما لاعُرفَ له بالحجاز يحتمل وجهين: أحدهما: يُردّ إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز.. والثّاني: يُعتبر عرفُه في موضعه..ومذهب الشّافعيّ على هذين الوجهين."[2]

٣٠٥- تغيّر القدر بتغيّر آلة الوزن

ذكر بعضُ الفقهاء الحنفيّة ما يُفيد أنّ اتّحادَ القدْر إنّما يُعتبر إذا كانت آلةُ الوزن فيهما واحداً. فإنّهم ذكروا جواز السّلم بالنّقود في زعفران أو حديد مثلاً، مع أنّ كلَّ واحد منهما موزون، وعلّلوه بأنّ النّقودَ تُوزن بالمثاقيل والصّنجات، والزّعفرانُ والحديدُ يوزنان بالأمناء، فاختلاف آلة الوزن مانعٌ من اعتبارهما متّحدَين في القدر. ولكنّ ابنَ الهمام رحمه الله تعالى ضعّف هذا التّعليل. وصحّح أنّ الوجهَ في جواز السّلم في مثل هذا ليس اختلافَ آلاتِ الوزن، بل سببُه الإجماعُ على جوازه، كي لايَنسدَّ أكثرُ أبواب السّلم.[3] ويؤيّده أنّ النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم أجاز السّلم بقوله: "من أسلف في شيئٍ فليُسلف في كيلٍ معلومٍ أووزنٍ معلوم." والإسلافُ لايكونُ عموماً إلاّ بالنّقود، فالسّلمُ بالنّقود أجازه الحديثُ في المكيلات والموزونات جميعاً، فيكون مخصّصاً لحرمة النّسيئة في الموزونات.

---

(١) أخرجه النسائي، باب الرجحان في الوزن، حديث ٤٥٩٨ واللفظ له، وأخرجه أبوداود، باب قول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "المكيال مكيال أهل المدينة" حديث ٣٣٤٠

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ١٣٦

(٣) فتح القدير ٦: ١٥٥و١٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٠٦- المجازفة في الأموال الرّبويّة

اتّفق الفقهاءُ على أنّه كما لايجوزُ التّفاضل في الأموال الرّبويّة، كذلك لاتجوزُ المجازفةُ في البدلين أو في أحدهما. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "ولو باع بعضه ببعضٍ جُزافاً، أوكان جُزافاً من أحد الطّرفين لم يجُز. قال ابن المنذر: أجمع أهلُ العلم على أنّ ذلك غيرُ جائزٍ إذا كانا من صنفٍ واحد."[(١)] لأنّ تماثلَ القدْر مجهول، فيحتملُ التّفاضلَ المحرّم. والشُّبهةُ في الرِّبا ملحَقةٌ بحقيقته. والدّليلُ على ذلك حديثُ جابر رضي الله تعالى عنه قال: "نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الصُّبرة من التّمر لايُعلم مكيلُها، بالكيل المسمّى من التّمر."[(٢)]

وكذلك تدلّ على ذلك الأحاديثُ الّتي حرّمت المزابنةَ والمحاقلة. والمزابنةُ أن تُباع التّمرُ على رؤوس الأشجار خرْصاً بالتّمر المجذوذ كيلاً أو مجازفةً. والمحاقلةُ مثلُ هذا البيع في الحقول والمزارع، مثل أن تُباع الحنطةُ على المزرعة بالحنطة المجذوذة. وقد صحّ عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال: "نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن المزابنة، أن يبيع ثمرَ حائطه إن كان نخلاً بتمرٍ كيلاً، وإن كان كرْماً بزبيبٍ كيلاً، وإن كان زرْعاً أن يبيعَه بكيل طعام. ونهى عن ذلك كلّه."[(٣)] وعلّةُ النّهي في ذلك أنّ التّمْر على الشّجر، أو الحنطةَ في المزرع، لايُعلم قدرُه، فهو مجازفةٌ في الأموال الرّبويّة. ولكنّ فسادَ المزابنة إنّما يتأتّى إذا كان التّمرُ على الشّجر من جنس المقطوع، بأن يكون كلٌّ منهما رُطباً مثلا. أمّا إذا كان ما على الشّجر بُسراً، والمقطوع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ١٣٤

(٢) صحيح مسلم، باب تحريم بيع صُبرة التّمر المجهولة القدر بتمر، حديث ٣٨٥٦

(٣) صحيح البخاري، باب بيع الزّرع بالطّعام كيلاً حديث ٢٢٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

رطباً، فقد ذكر ابنُ عابدين عن البحر أنّ ذلك جائز، لأنّ الرُّطب والبُسر جنسان.[١]

٣٠٧- شرط جواز البيع بين متجانسين إمكان التّماثل

ثمّ اتّفق الفقهاءُ على أنّ من شروط جواز البيع بين متجانسين من الأموال الرّبويّة أن يمكن بينهما التّماثل. فإن لم يمكن، لايجوز البيع. ثمّ اختلفوا فيما يمكن فيه التّماثل، وما لايمكن فيه. فقال الحنفيّة: لايجوز بيعُ الحنطة بالدّقيق، ولابالسّويق، ووجّهه صاحبُ الهداية بقوله: " لأنّ المجانسةَ باقيةٌ من وجه، لأنّهما من أجزاء الحنطة، والمعيارُ فيهما الكيل، لكنّ الكيلَ غيرُ مسوٍّ بينهما وبين الحنطة، لاكتنازهما فيه، وتخلخُل حبّاتِ الحنطة، فلا يجوز، وإن كان كيلاً بكيل." وقال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى تحته:

"وقولُنا قولُ الشافعيّ في الأظهر عنه، وسفيانَ الثّوريّ وأحمدَ في رواية، خلافاً لمالك وأحمد في أظهر قوليه، لأنّ الدّقيقَ نفسُ الحنطة فُرّقت أجزاؤها، فأشبه بيعَ حنطة صغيرة جدًّا بكبيرة جدًّا، وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطّحن يدفعه .وبيع النُّخالة بالدّقيق على هذا الخلاف، إلاّ أنّ الشّافعيّ أجازه لأنّ النُّخالةَ ليست من أموال الرّبا، لأنّها لا تُطعَم."[٢]

وكذلك منع أبوحنيفة رحمه الله تعالى وصاحباه بيعَ الحنطة المقليّة بغير المقليّة، لأنّه

---

(١) راجع الدر المختار مع ردالمحتار ١٤: ٥٨٨ فقره ٢٣٣٧٩ مع حاشية الرافعي

(٢) فتح القدير ٦: ١٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com

لايمكن فيهما التّماثل بالكيل لاكتناز أحدهما وتخلخل الآخر."[1]

والظاهر أنّ هذا الحكمَ مبنيٌّ على كون الحنطة مكيلةً أبداً، كما هو قولُ أبي حنيفة ومحمّد والجمهور. أمّا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الّذي يعتبر العُرف في الكيل والوزن، كما سبق تفصيلُه، فإن تغيّر العُرف، وأصبحت الحنطةُ والدّقيق موزونين، كما في زماننا، فينبغي أن يجوز بيعُ الحنطة بالدّقيق، والمقليّة بغير المقليّة بوزنٍ متساوٍ لتحقّق التّماثل في القدر، والله سبحانه أعلم.

٣٠٨- التماثل المعتبر عند العقد أو بعده

ثمّ إمكانُ التّماثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنّما يُعتبر عند العقد، فإن أمكن التّماثلُ عند العقد جاز البيع، وإن حصل بعد ذلك تفاوت، ولهذا أجاز رحمه الله تعالى بيعَ الرُّطب بالتّمر متماثلين في الكيل، وإن كان الرّطب ينقُص بعد الجفاف، لأنّ التّساويَ في الكيل حاصلٌ عند العقد. أمّا الأئمّة الثّلاثة وصاحبا أبي حنيفة رحمهم الله تعالى، فلايجوّزون البيعَ إذا حصل التّفاوتُ بعد جفاف الرُّطب، وإن كان بينهما تماثلٌ عند العقد. ولهذا منعوا بيع الرُّطب بالتّمر، وكذا بيعَ كلّ رَطْبٍ بيابس، مثل بيع العنب بالزّبيب. قال الخرقيّ رحمه الله تعالى: "ولايُباعُ شيءٌ من الرُّطب بيابس من جنسه، إلاّ العرايا." وقال ابنُ قدامة تحته: "أراد الرّطب ممّا يجري فيه الرّبا، كالرّطب بالتّمر، والعنب بالزّبيب، واللّبن بالجُبْنِ، والحنطة المبلولة أو الرّطبة

---

(١) فتح القدير٦: ١٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

باليابسة أو المقلية بالنّيئة[1] ونحو ذلك، وبه قال سعد بن أبي وقّاص وسعيد بن المسيّب واللّيث ومالك والشّافعيّ وإسحق وأبو يوسف ومحمّد.[2]"

واستدلّ هؤلاء بحديث سعد بن أبي وقّاص رضي الله تعالى عنه، قال: "سمعتُ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم يُسئل عن اشتراء التّمر بالرُّطب، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: أينقُص الرُّطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهاه عن ذلك."[3] وأعلّه الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى بجهالة زيد بن عيّاش، وعلى تقدير صحّته حمله على البيع نسيئة، كما ورد بذلك التّصريح في رواية أبي داود والبيهقيّ: "نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الرُّطب بالتّمر نسيئةً."[4] وقد أشبعتُ الكلامَ في المسئلة في تكملة فتح الملهم.[5]

٣٠٩- هل التّقابض شرطٌ في جميع الرّبويّات أو في النّقود فقط؟

ثمّ إنّ الحنفيّة فرّقوا بين النّقود وبين المكيلات والموزونات الأخرى بأنّ الممنوعَ في المكيلات والموزونات الأخرى إذا بيع بعضُها ببعض، هو تأجيلُ أحد البدلين. فأمّا إذا كان البيعُ حالاً، وتعيّن البدلان، فلا يجب التّقابضُ في المجلس. فإن تبايعَ رجلان

---

(١) تقدّم أنّ المقليّة بغير المقليّة لاتجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً، ويوافقه فيه صاحباه. ولكنّ علّة المنع عنده فقدان التّماثل عند العقد، والعلّة عند الأئمّة الثلاثة، كما ذكره ابن قدامة هي مبادلة الرّطب باليابس.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ١٣٣

(٣) أخرجه مالك في باب ما يُكره من بيع التّمر، والتّرمذيّ في باب في النّهي عن المحاقلة والمزابنة، وأبو داود والنسائيّ وابن ماجه في باب مستقلّ في بيع الرّطب بالتّمر.

(٤) سنن أبي داود، باب في التمر بالتمر حديث ٣٣٦٠ والسنن الكبرى للبيهقيّ ٥: ٢٩٤

(٥) تكملة فتح الملهم، باب النّهي عن بيع الثّمار قبل بدوّ صلاحها، ١: ٢٥٨ إلى ٢٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

الحنطة بالحنطة، وعيّنَ كلٌّ أحدٍ ما وقع عليه العقدُ بالإشارة مثلاً، ثمّ افترقا قبل التّقابض، صحّ العقدُ بشرط أن لايكون هناك تأجيلٌ مشروطٌ فيه. وكذلك يجوز فيها بيعُ الغائب بالنّاجز، مثل أن تُباعَ حنطةٌ حاضرةٌ بشعيرٍ معيّنٍ غيرِ موجودٍ في المجلس، فيجوز البيعُ بشرط أن لايكون فيه تأجيل. أمّا في النّقود، فلا يجوز ذلك، وإنّما يجب التّقابضُ في المجلس.

والفرقُ أنّ المقصودَ من عدم جواز النّسيئة في الأموال الرّبويّة أن يتعيّن البدلان في المجلس، ولايبقى أحدُهما ديناً، وبما أنّ هذا التّعيين ممكنٌ في غير النّقود، جاز البيعُ بعد التّعيين، وإن تأخّر القبضُ بدون شرط. أمّا النّقود فإنّها لاتتعيّن بالتّعيين عند الحنفيّة، وإنّما تتعيّن بالقبض، فوجب التّقابضُ في المجلس لئلاّ يبقى أحدُ البدلين ديناً.

وقال الشّافعيّ وأحمد رحمهما الله تعالى: يجب التّقابضُ في جميع الأموال الرّبويّة، سواءٌ أكانت نقوداً أم غيرها،[1] واستدلّا بقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في حديث عمر رضي الله تعالى عنه: "البُرّ بالبُرّ رباً إلاّ هاء وهاء"[2] وبحديث عُبادة رضي الله عنه "الملحُ بالملح مثلاً بمثلٍ، سواءً بسواءٍ، يداً بيد."[3]

---

(١) المجموع شرح المهذّب ٩: ٤٠٣ و٤٠٤ والمغني لابن قدامة ٤: ١٣٠ والظّاهر أنّ مذهب المالكيّة كذلك، لأنّهم ذكروا معنى النّسيئة التّأخير، وقال الدّردير رحمه الله تعالى: "وربا النّساء يحرم في النّقود مطلقاً، وكذا في الطّعام، ولو غير ربوي، فكلّ ما يدخله ربا الفضل يدخله ربا النّساء، دون عكس." (الشّرح الكبير للدّردير مع الدّسوقي ٣: ٢٨ و٢٩) وذكر ابن رشد رحمه الله تعالى فيه اختلاف الفقهاء، والظّاهر من كلامه أنّه مائل إلى عدم اشتراط التّقابض في غير الصّرف. (راجع بداية المجتهد ٢: ١٣٥)

(٢) أخرجه البخاري، باب ما يذكر في بيع الطّعام والحُكرة، حديث ٢١٣٤

(٣) أخرجه مسلم من طريق خالد الحذّاء عن أبي قلابة، باب الصرف وبيع الذّهب بالورق نقداً، حديث ٤٠٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

واستدلَّ الحنفيّة بحديثِ عبادة بن الصّامت رضي الله تعالى عنه عند مسلم من طريق أيّوب عن أبي قلابة:

"إنّي سمعتُ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم ينهى عن بيع الذّهب بالذّهب، والفضّة بالفضّة، والبرّ بالبرّ والشّعير بالشّعير، والتّمر بالتّمر، والملح بالملح، إلاّ سواءً بسواء، عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى."[1]

قال الحنفيّة: إنّ قوله صلّى الله عليه وسلّم "عيناً بعين" يدلّ على أنّ الواجب هو التّعيينُ في المجلس، وهو مفسّرٌ للأحاديث الأخرى الّتي وردت بلفظ "يداً بيدٍ" أو "هاء وهاء". فلمّا أمكن التّعيينُ في غير النّقود بالإشارة وغيرها، جاز البيعُ بعد التّعيين. أمّا النّقود، فلا يمكنُ فيها التّعيينُ إلاّ بالقبض، فوجب التّقابضُ في المجلس. وقد أيّد ابنُ الهمام رحمه الله تعالى مذهبَ الحنفيّة وردّ على ما يُعترض عليه بكلام متين.[2]

٣١٠- مسئلة مدّ عجوة

إن كان المبيعُ مخلوطاً بمالين ربويين، والثّمنُ مال ربويٌّ، أو مخلوطاً بربويّ و غير ربويّ، فهذا يُسمّى "مسئلة مدّ عجوة"، وله صور كثيرة معقّدة، أشهرها أن يكون المبيعُ مُدّاً من تمر عجوة ودرهماً واحداً، والثّمنُ درهمان. ولهذا سُمّيت المسئلة بمُدّ عجوة.

ولكن هناك ثلاثُ مسائلَ متشابهةٌ، حكمُ كلّ منها مختلفٌ بالنّسبة إلى بعض

---

(١) أخرجه مسلم، باب الصّرف وبيع الذّهب بالورق نقداً، حديث ٤٠٣٢

(٢) راجع فتح القدير، باب الربا ٦: ١٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

المذاهب. فلنبيّن كلاًّ من المسائل الثلاثة بصفة مستقلّة مع أقوال الفقهاء الأربعة فيها:

المسئلة الأولى: إن كان ربويّان قُرنا في صفقة واحدة، ووقع بيعهما بربويّ آخر، مثل أن يكون المبيعُ مدَّ تمرةٍ قُرن بدرهم، والثّمنُ درهمان، فمذهب الشّافعيّ رحمه الله تعالى: أنّه لايجوزُ هذا البيع، إلاّ أن يُفْصَل بيعُ الدّرهم والتّمر بصفقتين، فيُباع التّمرُ فقط بدرهم واحد من الدّرهمين في جانب آخر، والدّرهمُ في الجانب الأوّل يُباعُ بالدّرهم في الجانب الآخر، وكلاهما بالتّساوي في الكيل والوزن، وذلك بصفقتين مستقلتين عن الآخر. وقد اتّفق الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة في هذا الحكم.[1]

وقال الحنفيّة: يجوز هذا البيع، ويُعتبر أنّ التّمر وقع بيعُه بدرهم واحد، وبيع درهم بدرهم آخر، وذلك تصحيحاً للعقد.

والمسئلة الثّانية: أن يكون المبيعُ ربويّاً مركّباً بغير ربويّ، بحيث صار المركّب شيئاً واحداً. مثل حُليّ الذّهب المركّب من الفصوص، أو التّطريز الآخر، والثّمنُ من جنس الذّهب، لايجوز بيعُه بالدّينار الذّهبيّ، أو بالذّهب المفرد، حتّى يَفصل ذهبَ الحليّ من غيره عند الشّافعيّة مطلقاً، فيقع البيع بصفقتين: الصّفقة الأولى للذّهب المركّب مع الذّهب المفرد بمثل وزنه، والثّانية للفصّ أو التّطريز بالذهب الباقي أو بشيئ غيره إن كان الذّهب المركّب لم يبق فيه شيئٌ بعد تماثل الذّهبين.

وهذا الحكم عامّ عند الشّافعيّة والحنابلة. سواء أكان فصلُ الحُليّ ممكناً بغير نفقة أو مؤنة، أم كان فيه مؤنة. فلا فرقَ عندهما في المسئلة الأولى والثّانية من وجوب

---

(١) المجموع شرح المهذّب ١٠: ٣٠٦ قبيل كتاب الحوالة والدسوقي والمغني لابن قدامة ٤: ١٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الفصل وعدم جواز البيع بغيره.

أمّا المالكيّة، فقالوا: إن كان الذّهب تابعاً لغير الذّهب من الفصّ وغيره، أوكان الفصّ تابعاً للذّهب، فبيعُه جائز صفقة واحدة بغير جنس الذّهب، مثل أن يُباع بفضّة، ولا يجوز أن يُباع بالذّهب إلاّ بفصل الذّهب من غيره بصفقتين. ولكن إن كان الذّهب مصوغاً بغرض لاينزع منه إلاّ بفساد أو مؤنة، واتّخاذُه جائز في الشّريعة، مثل حُليّ النّساء، وحُليّ السّيف والخاتم، وكانت الحِلية فيها تابعةً للسّيف أو الحُليّ أو الخاتم، جاز بيعُه بالدينار الذّهبيّ؛ لأنّ الشّارع أباح تحليته، ونزعه يشقّ، وهو قليلٌ تَبَع، والأتباع لاتُقصد في العقود.

هذا ما ذكره الأبّيّ المالكيّ رحمه الله تعالى، ثمّ قال: "واختلف في التّبع، فقيل: الثّلث، وقيل: أدنى، وقيل: النّصف."[1]

واقتصر ابن عبدالبرّ رحمه الله تعالى على الثّلث، واعتبره بالقيمة، فقال:

"من اشترى مُصحفاً، أو سيفاً، أو خاتماً، وفي شيئ من ذلك ذهبٌ أو فضّة، بدنانير أو دراهم، فإنّ من اشترى ذلك، وفيه الذّهب، بالدّنانير، فإنّه يُنظَر إلى قيمته، فإن كان قيمتُه الثُّلثين، وقيمةُ ما فيه من الذّهب الثّلث، فذلك جائز لابأس به." ثمّ قال: "ولم يزل ذلك من أمر النّاس عندنا."[2]

---

(١) إكمال إكمال المعلم، شرح صحيح مسلم، للأبّيّ، حديث القلادة ٤: ٢٧٢

(٢) الاستذكار لابن عبدالبرّ رحمه الله تعالى، باب بيع الذّهب بالفضّة تبرا وعيناً، ١٩: ٢٢٧ فقره ٢٨٨١٠ وهوالذي رجحه ابن رشد رحمه الله تعالى في السّيف والمصحف المحلّى، وخالف في الحليّ المصوغ بالذّهب والفضّة، وراجعه للتفصيل.

www.besturdubooks.wordpress.com

ففرّق المالكيّةُ بين المسئلة الأولى، والمسئلة الثّانية، بأنّ في المسئلة الأولى، وهيَ مسئلة مدّعجوة، لم يجوّزوا البيع إلاّ بالفصل بين المدّ والدّرهم بعقدين منفصلين. أمّا في المسئلة الثانية، وهيَ بيعُ الحُليِّ، فجوّزوا بيع حُليِّ الذّهب وفيها فصوص،بالذّهب المفرد إن كانت الفصوص تابعةً للذّهب، أو الذّهب تابعاً للفصوص، بأن لايزيد التّابع عن الثّلث.

أمّا الحنفيّة، فقالوا في المسئلتين إنّ كلّ جنس يُعتبر ثمناً لخلاف جنسه تصحيحاً للعقد. ففي مسئلة مدّ عجوة، يكون مدّ عجوة مقابلاً للدرهمِ في جانب آخر، والدّرهمُ في الجانب الأوّل يكون مقابلاً للدّرهم الثّاني في الجانب الآخر، فيصحّ العقدُ بالتّساوي. وهذا إنّما يمكن أن يكون المفرد أكثر من المقرون ، كما في المثال المذكور حيثُ الدّرهمان في الجانب الثاني زائدان على درهم في الجانب الأوّل. أمّا إن كان المفرد أقلّ، أو مساوياً لما في المقرون، مثل أن يُباع مدّ عجوة ودرهم في جانب، بنصف درهم فقط في جانب آخر، لم يجز البيع، لفقدان التساوي بين درهم ونصف درهم، وكذلك إن باع مدّ عجوة ودرهم في جانب، بدرهم واحد في جانب آخر، فسد البيع، لأنّ الدّرهم قابل الدّرهم، ولم يبق لمُدّ عجوة عوض.

وكذلك إن كان الذّهب المفرد أكثرَ من الذّهب المركّب في الحلية أو السيف جاز العقد، فيكون مازاد من الذّهب المفرَد مقابلاً لغير الذّهب، تصحيحاً للعقد بقدر الإمكان، فلا يتحقّق التّفاضُل في مبادلة الذّهب بالذّهب. وإن كان الذّهبُ المفرد مساوياً للذّهب المركّب، أو أقلّ منه، فالبيعُ فاسد. أمّا إذا كان أقلّ، فالفساد ظاهرٌ لظهور التّفاضل، وأمّا إذا كان مساوياً، فلأنّ الذّهب حينئذٍ يكون مقابلاً للذّهب، ويبقى غيرُ الذّهب خالياً عن العوض. وأمّا إذا لم يُعرف قدرُ المركّب، فالبيع فاسد

www.besturdubooks.wordpress.com

أيضاً، لأنّ جهالة القدر في الربويّات مفسدةٌ للعقد لشبهة التّفاضل.[١] وهذا القول مرويّ أيضاً عن الإمام الشّعبيّ والنّخعيّ وحمّاد بن أبي سليمان و الإمام أحمد رحمهم الله تعالى، كما في المغني.

استدلّ الشّافعيّةُ بما أخرجه مسلم عن فضالة بن عبيد رضي الله تعالى عنه قال:

"أُتيَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم وهو بخيبر بقلادةٍ فيها خرز وذهب، وهي من المغانم تُباع، فأمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بالذهب الذي في القلادة، فنُزِع وحده، ثمّ قال لهم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: الذّهب بالذّهب وزناً بوزن."[٢]

وأجاب الحنفيّةُ عن هذا الاستدلال بأنّه وقع في طريق حَنَش الصّنعانيّ في هذا الحديث أنّ فضالة رضي الله تعالى عنه قال: "اشتريتُ يوم خيبر قلادةً باثني عشر ديناراً فيها ذهبٌ وخرزٌ، ففصّلتُها، فوجدتُ فيها أكثرَ من اثني عشر ديناراً. فذكرت ذلك للنبيّ صلّى الله عليه وسلّم، فقال: لاتُباع حتّى تُفصل."[٣] فهذا دليلٌ على أنّ ثمنَ القلادة كان أقلّ ممّا فيها من الذّهب، وهذه الصّورة ممنوعةٌ بالإجماع. وأمّا قوله صلّى الله عليه وسلّم: "لاتُباع حتّى تُفصل"، فيُمكن أن يكون في تلك الصّورة بخصوصها، حيثُ لم يَعلم فضالة رضي الله تعالى عنه مقدارَ ما في القلادة من ذهب، و كان هو الواقعَ حسب الرّواية الّتي ذكرناها. ويُمكن حمله أيضاً على الإرشاد، لا التّشريع، فإنّه قلّما يوجد في العوامّ من يُفرّق بين هذه المعاملات بهذه الفروق

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤: ٥

(٢) صحيح مسلم، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، رقم ٤٠٤٦

(٣) صحيح مسلم، رقم ٤٠٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com

الدقيقة. فأرشدهم إلى بيع الذهب بالذهب مفرداً، لئلا يبقى أي خطر للتفاضل.

وقد استدلّ الحنفيّة بآثار عدّة من الصّحابة والتّابعين، حيث أجازوا مثل هذا البيع. وقد ذكرتُها في تكملة فتح الملهم.(١)

وقد صدر قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ في هذه المسئلة بما يوافق الحنفيّة، ونصُّه:

"تجوز المبادلة بين مقدارٍ من الذهب ومقدارٍ آخر أقلَّ منه مضمومٍ إليه جنسٌ آخر، وذلك على اعتبار أنّ الزّيادة في أحد العوضين مقابلةٌ بالجنس الآخر في العوض الثّاني."(٢)

والمسئلة الثّالثة: أن يشتري عبداً مع ماله. وفيه حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، قال قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"من ابتاع عبداً وله مالٌ، فماله للّذي باعه إلّا أن يشترط المبتاع."(٣)

ودلّ الاستثناء في الحديث على أنّه يجوز لمشتري العبد أن يشترط أنّ ما بيد العبد من المال داخلٌ في البيع، فكان البيع للعبد وماله جميعاً.

وإنّ الشّافعيّة والحنفيّة مشوا في هذه المسئلة على أصلهم في مدّ عجوة، على الاختلاف المذكور بينهم في ذلك. فقال الشّافعيّة: لايجوز هذا البيع إن كان مالُ العبد من النّقود، لأنّه ربويّ، وقد قُرن مع العبد الّذي هو غير ربويّ، ووقع البيعُ على

---

(١) تكملة فتح الملهم، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ١: ٣٨٠

(٢) قررت مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم ٨٤(٩/١) في دورته التاسعة في أبوظبي ذوالقعدة ١٤١٥هـ

(٣) صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب ١٧ حديث ٢٣٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

مجموعهما بالنّقود التي هيَ ربويّة. فصار مثل مسئلة مدّ عجوة،[1] فلا يجوز إلاّ أن يُباع العبد والنّقود التي هي بيده بصفقتين، وتكون نقودُ الثّمن مساويةً للنّقود التي هيَ مع العبد. أمّا حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه، فحمل الشّافعيّة جوازاشتراط ماله فيه على أن لا يكون ماله ربويّاً.[2]

وكذلك مشى الحنفيّة على أصلهم في المسئلتين السّابقتين، أنّ النّقود التي هي ثمنُ العبد إن كانت أكثرَ من النّقود التي هيَ مع العبد. جاز البيع، فإنّ مقدارَ نقود العبد من الثّمن يُعتبر مقابلاً لنقود العبد، وباقي الثّمن يُعتبر مقابلاً للعبد. ولايجوز البيع إن كان الثّمنُ مساوياً لمال العبد أو أقلّ منه، كما في مسئلة مدّ عجوة ومسئلة الحُليّ مع الفصوص.

أمّا المالكيّة والحنابلة، فمذهبُهم في بيع العبد وله مال، يختلف عن مذهبهم في المسئلتين السّابقتين. فقال فيها الإمام مالك رحمه الله تعالى: إن وقع البيع على العبد واشترط فيه المشتري مالَ العبد، فإنّه يجوز في كلّ حال، سواءٌ كان قيمةُ العبد أقلّ من المال النّقد الّذي هو مملوكٌ للعبد. قال مالك رحمه الله تعالى:

"الأمر المجتمعُ عليه عندنا: أنّ المبتاع إن اشترط مالَ العبد فهو له، نقداً كان، أوديناً، أوعرضاً، يعلم أو لايعلم، وإن كان للعبد من المال أكثرُ ممّا اشتُريَ به، كان ثمنُه نقداً أو ديناً أو عرضاً."[3]

---

(١) المجموع شرح المهذّب ١٠: ٢٣٧

(٢) فتح الباري، ٥: ٥١ كتاب المساقاة، باب ١٧

(٣) موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب مال المملوك إذا بيع، مع الاستذكار لابن عبدالبر ١٩: ٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّ هذا مبنيٌّ على مذهبه أنّ العبدَ يملك المال، ولو كان من حقّ المولى أن ينتزعه منه. قال الباجيّ رحمه الله تعالى:

"يُريد أنّ اشتراطَ المبتاعِ هذا المالَ لايُفسد العقد، بأن يكونَ المالُ المشترَطُ عيناً أكثرَ ممّا اشتُريَ به من العين، أو يكون ديناً مؤجّلا فيُشترى بالدّين، أو بالنّقد، أو يكونَ المشترَط من المال مجهولاً عند المتبايعين، أو أحدهما، لأنّ ما اشتُرطَ من ذلك ليس بعوضٍ في البيع، فيؤثّرَ فيه الفسادُ بشيءٍ ممّا ذكرناه، لأنّ المبتاعَ لم يشترطه لنفسه، وإنّما اشترطَ بقاءَه على مِلك العبد، فليس بعوضٍ في البيع."[1]

ويُقاربه مذهب الحنابلة، حيثُ أجازوا هذا البيع إذا قصد المشتري شراءَ العبد دون المال، واشترط المالَ تبعاً. يقول ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"إذا باع عبداً بألف درهم، ومعه ألف درهم، فالبيع جائز إذا كان رغبةُ المبتاع في العبد لا في الدّراهم، وذلك لأنّه دخل في البيع تبعاً غيرَ مقصود... فأمّا إن كان المالُ مقصوداً بالشّراء، جاز اشتراطُه إذا وُجدت فيه شرائطُ البيع، من العلم به، وأن لا يكون بينه وبين الثّمن ربا."[2]

ولكنّ الفرق بين مذهب المالكيّة ومذهب الحنابلة في هذه المسئلة أنّ المالكيّة أخرجو هذه المسئلة على أساس كون العبد يملك المال، ولذلك لا تجب فيه الزكاة على السّيد، فكأنّ المشتريَ لم يشترط شيئاً لنفسه، بل اشترط أن يظلّ العبد مالكاً

---

(١) المنتقى للباجيّ، كتاب البيوع، باب ماجاء في مال المملوك ٣: ٣٦٠

(٢) المغني لابن قدامة، باب المصرّاة ٤: ٢٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com

لماله، كما كان يملكه قبل البيع، فليس لماله حصّةٌ من الثّمن. ولذلك ذكر النّوويّ رحمه الله قول الإمام مالك: "وكأنّه لا حصّةَ للمال من الثمن"[1] وأصرح منه ما ذكرنا من عبارة الباجيّ رحمه الله تعالى.

أمّا الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله، فإنه يجوّز اشتراط مال العبد بالبيع، ولو كان أكثر من الثّمن، ولكن ليس على أساس أن العبد يملك المال، بل على أساس أن يكون مقصود الشّراء هو العبد، و يكونَ ماله تابعا للعبد. أمّا إذا كان المقصودُ هو المال فلا يجوز اشتراطه إلا بتوافر شروط البيع.

وقد صرّح ابن قدامة أنّ الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله لم يُجز الاشتراط على أساس كون العبد يملك المال، وقد ردّ على من خرّج قول الإمام أحمد على كون العبد مالكا للمال، وقال:

"وهذا خلاف نصّ أحمد، وقول الخرقي، لأنهما جعل الشرط الّذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره، وهو أصحّ إن شاء الله تعالى. واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود كما ذكرنا، وكاللّبن في ضرع الشّاة المبيعة، والحمل في بطنها، والصّوف على ظهرها، وأشباه ذلك، فإنّه مبيع."

وأمّا طريق معرفة المقصود بالشّراء، ففيه كلامٌ وجيهٌ للشيخ محمد بن صالح بن عثيمين رحمه الله تعالى في شرحه على زاد المستقنع، فننقله هنا بنصّه. قال رحمه الله تعالى:

(١) شرح صحيح مسلم للنووي، البيوع المنهي عنها ١٠: ١٩٢

"إذاً كيف نعلم أنّ قصده المال، أو أنّ قصده العبد؟ نعلم ذلك بالقرائن، إذا كان هذا الرّجل محتاجاً إلى خادم ـ أعني المشتري ـ ويبحث عن رقيق يملكه، ويجعله خادماً له، لكنّه اشترط أن يكون ماله تبعاً له؛ لأنّه لا يحب أن يصرف هذا العبدَ عن تصرّفه الذي كان عليه من قبل؛ لأنّ المال لو أخذه البائع الأول، ربّما يتأثر العبد، فاشترط أن يكون ماله تبعاً له من أجل راحة العبد. فهنا: لا يُشترط علمُه بالمال، ولا يُشترط ألاّ يكون بينه وبين عوضه رباً، ولا يُشترطُ أيُّ شيء من الشّروط. فلو قيل للمشتري: أنت اشترطت أن يكون ماله تبعاً له، فهل تعلم ماله؟ قال: لا، ما أعلمه، لكنّني لا يهمّني المال، يهمّني العبد، قلنا: لا يضرّ أن تجهل المال؛ لأنّ قصدك العبد، لكن لو قال المشتري: قصدي المال، حيثُ إنّي رأيت هذا العبد يتّجر في محلّ تجارة، وهو ناجح، والمحلّ فيه أنواعٌ من التّجارة، فنقول: إنّما الأعمال بالنيّات، فما دام قصدك المال لا بدّ أن تُجرّد المال كلّه، حتّى علبة الكبريت. ولا بدّ أن يكون هذا المالُ لا يجري فيه الرّبا بينه وبين الثّمن، فلنفرد المالَ بعقد، والعبدَ بعقد آخر، حتّى لا ترد علينا مسألة ((مدّ عجوة))، ولا بدّ أن يكون المبيعُ مشاهداً معلوماً، المهمّ أنّه يشترط جميع شروط البيع."[1]

ويُقاس على هذه المسئلة كلُّ مبيع مركّب بأشياء يجوز التّفاضل في بعضها ولا يجوز في بعضها.

---

(١) الشرح الممتع على زاد المستقنع ٩: ٤٥ إلى ٤٧

٣١١- بيع الأسهم المشتملة على النقود والديون

وعلى هذا يُخرج حكمُ بيعِ أسهم الشّركة التّجاريّة، فإنّ السّهمَ يُمثّل حصّة شائعةً في جميع ممتلكات الشّركة، وفيها أعيانٌ، وفيها نقودٌ وديونٌ على الآخرين، فكلُّ سهم مركّبٌ من حصّة شائعة في الأعيان وفي النّقود والدّيون.[1] فأمّا الأعيان، مثلُ البناء والمفروشات والبضائع، فيجوز بيعُها مطلقاً، ولكنّ النّقود، سواءٌ أكانت نقوداً معدنيّةً أم نقوداً ورقيّةً، لايجوز فيها التّفاضل، كما سيأتي تحقيقُه إن شاء الله تعالى في مبحث الصّرف. فبيعُ هذ السّهم مركّبٌ ممّا يجوز فيه التّفاضل وممّا لايجوز، فينطبق عليه الأصلُ المذكور في مسئلة مدّ عجوة. فقياسُ قول الشافعيّة أن لايجوز بيعُها أصلاً، حتّى تُفصَل الأعيانُ من النّقود والدّيون. وهذا شبهُ المستحيل في أسهُم الشّركات. أمّا على مذهب الحنفيّة، فيجوز بيعُ السّهم إن كان ثمنُ السّهم أكثرَ من النّقود والدّيون الممثّلة بالسّهم. أمّا إن كان الثّمنُ أقلّ منها أو مساوياً لها، فلايجوز بيعُه.

مثالُه: إن كانت الشّركةُ تملك من الأعيان الّتي قيمتُها مليون دولار، وعندها من النّقود والدّيون ما قيمتُه مليون، فصارت قيمةُ مجموع ممتلكاتها مليوني دولار، وقد أصدرت الشّركة مليونَ سهم، فكلُّ سهمٍ يُمثّل دولارين، دولاراً يمثّل قيمة الأعيان، ودولاراً آخر يُمثّل قيمة النّقود والدّيون. فيجوز بيعُ هذا السّهم بأكثر من دولار واحد. فإذا وقع بيعُه بدولار ونصف مثلاً، يكون الدّولارُ الواحد مقابلاً لحصّة هذا السّهم في

---

(١) هذا هو اتجاه أكثر العلماء المعاصرين في تكييف أسهم الشركة المساهمة، كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: "إنّ المحلّ المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصّة الشائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارةٌ عن وثيقة للحق في تلك الحصة." (قرارات مجمع الفقه الإسلاميّ الدولي، قرار رقم ٦٣ (١/٧) بشأن الأسواق المالية

النّقود والدّيون، ويكون نصفُ الدّولار مقابلاً لحصّته في الأعيان.

وأمّا شرطُ التّقابض في بيع الدّولار بالدّولار، فيتحقّق من البائع فعلاً، بأنّه يقبض الدّولارَ الّذي هو ثمنُ الدّولار الّذي يمثّله السّهم. أمّا قبضُ المشتري للدّولار الّذي هو مبيع، فوجّهه الإمام أشرف عليّ التهانويّ رحمه الله تعالى بأنّ مايدفعه المشتري إلى البائع يُعتبرُ قرضاً، ثمّ يُحيله البائعُ على الشّركة لتسلّم هذاالقرض منها،[1] ويحصُل ذلك التسلّم بتسلّم شهادة السّهم الذي يُمثّل جزءٌ منه هذا الدّولار. ويُمكن أيضاً تخريجه على أساس أنّ المشتريَ حينما يتسلّم شهادةَ السّهم، فإنّها تُمثّل حصّةً مشاعةً في الشّركة بما فيها أعيانٌ ونقود، ويتحقّق قبضُه لها بتسلّم هذه الشّهادة، لأنّ ذلك القدْرَ من النّقود قُيّد في حصّته فوراً. وسيأتي في مبحث الصّرف أنّ تقييدَ مبلغٍ في حساب أحدٍ يُمكن أن يُعتبر قبضاً بشرطِ أن يحصُل ذلك فوراً، ولايكونَ فيه تأخير.

وهذا إذا كان الثّمنُ من جنس النّقود الموجودة في الشّركة. أمّا إذا كان الثّمنُ من غير جنسه، مثل أن تكونَ النّقودُ في الشّركة دولارات، والثّمنُ ربّيات باكستانيّة، أو بالعكس، فيُمكنُ أن يُكتفى بقبض أحد البدلين، ولايُشترط التّقابض. كما سيأتي إن شاء الله تعالى في باب الصّرف عند بيان الموقف الثّالث في تكييف الأوراق النّقديّة.

أمّا إذا وقع بيعُ هذا السّهم بأقلَّ من دولار واحد، فلا يجوز، لأنّه يكونُ بيعَ الدّولار بأقلَّ منه، وهو ربا. وكذلك إن كان الثّمنُ دولاراً واحداً، فيكون الدُّولار مقابلاً للدّولار، وتبقى الأعيانُ خاليةً من العوض، فلا يجوز.

وأمّا على قول المالكيّة، فإن خرّجنا بيع السّهم على أساس المسئلة الأولى من مسائل

---

(١) إمداد الفتاوى ٣: ٤٩٢ القصص السنى فى حكم حصص الكمبنى

www.besturdubooks.wordpress.com

مدّ عجوة، فينبغي أن لا يجوز بيعُ السّهم، حتّى تُفصَل النّقود من الأعيان. وإن خرّجناه على أساس المسئلة الثّانية من السّيف المحلّى، فينبغي أن يجوز البيعُ إن كانت النّقودُ والدّيونُ قليلةً بقدر الثّلث، ويشُقّ فصلها، كما هو الواقع في بيع السّهم، فإنّ فصلَ الأعيان من الدّيون شبهُ المستحيل.

وقد خرّج بعض المعاصرين بيع الأسهم على مذهب المالكيّة في المسئلة الثّالثة، وهي بيعُ العبد وله مال. ولكنّ هذا التّخريج فيه نظر، لأنّ جواز العبد وله مال مستنِد في مذهب المالكيّة على أنّ العبد يملك المال، فكأنّ المال لم يدخل في البيع، وليس له حصّةٌ من ثمن العبد، كما أسلفنا عن الباجيّ رحمه الله تعالى في المسئلة الثّالثة.

نعم! يُمكن تخريجه على بيع العبد وله مال على قول الحنابلة، فإنّهم أجازوا ذلك على أساس التّبعيّة كما سبق. ومعناه أنّه يجوز للمشتري أن يشترط في البيع أنّ مالَ العبد داخلٌ في جملة المبيع، ولكن من أجل كونه تابعاً للعبد جاز هذا الاشتراط، سواءٌ أكان الثّمنُ من جنسِ ماله أو من غير جنسه، ومساوياً لماله، أو أقلّ، أو أكثر منه. أمّا عند الشّافعيّة والحنفيّة فيخرّج حكمُ المسئلة على أصل مدّعجوة، فيجوز بشرط أن لا يؤدّي إلى الرّبا، على الاختلاف المذكور فيها.

وإنّ كثيراً من العلماء المعاصرين أجازوا بيعَ الأسهم بشرط أن تكون النّقودُ والدّيونُ تابعةً للأعيان، وهذا صحيحٌ على مذهب الحنابلة، بشرط أن يكون المقصود الأعيان، حسبما ذكرناه عن الشّيخ عثيمين رحمه الله تعالى.

وحدّد بعضُ المعاصرين التّبعيّة بأن تكون نسبةُ الأعيان والمنافع المملوكة للشّركة غالبةً (ومعناه أن تكون نسبتها ٥١ في المائة على الأقلّ) وقد صدر بذلك قرارٌ من

www.besturdubooks.wordpress.com

مجمع الفقه الإسلامي بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار. أمّا إذا انتقصت النّسبة من هذا القدر، فقد ذكر في نفس القرار أنّه "تُراعى في التّداول الأحكامُ الشّرعيّة الّتي ستُبيّنها لائحةٌ تفسيريّة توضع وتعرض على المجمع في الدّورة القادمة"[(١)]

ولكن لم يتّفق للمجمع بعد ذلك وضعُ هذه اللائحة، ولكن فُهِم من أصل القرار أنّه إذا كانت نسبةُ الأعيان والمنافع أقلّ من ٥١ في المائة، فلايجوز بيعُ السّهم إلاّ بشروط الصّرف، لأنّ النّقود والدّيونَ إن زادت على نصف الممتلكات لم تكن تابعةً للأعيان.

ولكنّ هذاالقرار إن كان تخريجه على مذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى في مسألة بيع العبد وله مال، فإنّ المختارَ من مذهبه رحمه الله تعالى في ذلك أنّه لم يشترط لجوازه أن تكون نسبةُ قيمة العبد غالبةً على ما عنده مال، بل الصّحيح من مذهبه أنّ المقصودَ إن كان بيعَ العبد، وليس بيعَ المال الّذي عنده، فإنّ ذلك يُجعل تابعاً، وإن كانت النّسبةُ قليلةً أو كثيرة. وعلى هذا الأساس أجاز بعضُ المعاصرين بيعَ الأسهم، وإن كانت نسبةُ النّقود والدُّيون فيها أقلّ من نسبة الأعيان والمنافع.

أمّا الحنفيّة، فأصلُ مذهبهم أن يكون ثمنُ السّهم أكثرَ من حصّته في النّقود والدّيون، كما فصّلناه فيما سبق. وليس هناك نسبةٌ معيّنةٌ عند الحنفيّة للأعيان في هذاالحكم، فيجري هذا الحكمُ وإن كانت الأعيان بنسبة ضئيلةٍ جداً. ولكن اشترط المعاصرون أن لاتقلّ القيمة السّوقيّة للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠ في المائة من

---

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم ٣٠(٥/٤) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار

www.besturdubooks.wordpress.com

إجماليّ موجودات الشركة.(١) وهذا لئلا تُتخذ مسئلة "مدّ عجوة" حيلةً للرّبا.

أمّا ما يُستشكل على بيع الأسهم من أنّ بعض موجودات الشركة ديونٌ على الآخرين، فبيعُ السّهم بجميع مافيه يؤدي إلى بيع الدَّين، فينطبق عليه كلُّ ما سبق منّا في مسئلة بيع الدَّين تبعاً لموجودات جهةٍ تجاريّة. وليُراجَعْ مبحثُ بيع الدَّين.

(١) المعايير الشرعيّة، معيار الأوراق الماليّة، رقم ٢١ بند ٣|١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثالث

فی الصَّرف

القسم الثّالث للبيع حسب التّقسيم الثّالث هو الصّرف. وتعريفه فی الاصطلاح كما عرّفه الكاساني رحمه الله تعالی:

"الصّرف في متعارف الشّرع اسمٌ لبيع الأثمان المطلقة بعضِها ببعض، وهو بيعُ الذّهب بالذّهب والفضّة بالفضّة، وأحدُ الجنسين بالآخر." (١)

ومن أحكامه أنّه يجب فيه التّماثل بين البدلين إن كانا من جنس واحد، ولاتجوز فيه النّسيئة، سواءٌ أكانا من جنس واحد أو من جنسين، ويجبُ فيه التّقابض فی المجلس، وهذا ما يميّزه عند الحنفيّة عن الأموال الرّبويّة الأخرى، مثل الحنطة والشّعير وغيرها، حيثُ يمتنع فيها النّسيئة ولكن لايجب فيها التّقابض فی المجلس، كما يجب فی الصّرف. ولايجوز فی الصّرف خيارُ الشّرط بالاتفاق، لأنّه يمنع التّقابض الحقيقيّ، ومن أجل هذه الأحكام أُفرد الصّرف عن البيوع العامّة.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٥٣

www.besturdubooks.wordpress.com

٣١٣- الصّرف فى الدّراهم المغشوشة

إنّ أحكام الصّرف تجرى فى عُملة الفضّة أو الذّهب باتّفاق العلماء إن كانت العُملةُ خالصةً ليس فيها غشّ. أمّا الدّراهمُ والدّنانيرُ المغشوشة، فمذهبُ الحنفيّة فيها أنّ الغِشّ إن كان مغلوباً، فحكمُه حكمُ الخالص، وتجرى فيها أحكامُ الصّرف، كما فى الدّراهم والدّنانير الخالصة سواءً بسواء، فلايصحّ بيعُ الخالص بها، ولا بيعُ بعضها ببعضٍ متجانس إلاّ متساوياً وزناً. وذلك لأنّ النّقود لاتخلو عن قليلِ غشّ للانطباع، وقد يكون خلقيّاً كما فى الرّديء، فيُعتبر القليلُ بالرّديء، فيكون كالمستهلك.[1] وظاهره أنّها إن تساوت وزناً جاز البيعُ وإن تفاوت قدرُ غِشّهما، ولكن يجب التّقابضُ فى المجلس، لكونه صرْفاً.

أمّا الدّراهمُ الّتى غلب عليها الغشّ فهى عند الحنفيّة فى حُكم العروض، فيصحّ بيعُها بالخالص إن كان الخالصُ أكثرَ من المغشوش، ليكونَ مايُساوى الفضّةَ الموجودةَ فى المغشوش بمثلها، والزّائد مقابلاً للغشّ. ويجوز بيعُها بجنسها متفاضلاً، فغِشُّ كلّ واحدٍ من البدلين يُقابلُ الفضّةَ المغلوبة، صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس لتصحيح العقد، كما هو أصلُ الحنفيّة فى مسئلة مُدّعجوة. ولكن يجب التّقابض، لأنّه صرفٌ فى الفضّة من الجانبين، ويُشترط فى الغشّ أيضاً. لأنّه لايتميّز إلاّ بضرر.[2]

أمّا المالكيّة، فالّذى يظهرُ من مذهبهم أنّه يجوز عندهم بيعُ المغشوش بمثله مراطلةً

---

(١) الدّر المختار مع ردّ المحتار، باب الصّرف ٥: ٥٤٦

(٢) ردّ المحتار ٥: ٥٤٨ فقره ٢٥١٩٧ عن البحر الرائق ٦: ٢١٧

www.besturdubooks.wordpress.com

أو مبادلة.(١) قال الحطّاب: "ظاهره ولولم يتساوَ غِشُّهما." وهو ظاهرُ كلام ابن رشد. أمّا بيعُ المغشوش بالخالص، فلهم فيه قولان: الجوازُ وعدمُه. ونقل الحطّاب عن التوضيح أنّهم إنّما تكلّموا في المغشوش الّذي لايجرى بين النّاس، (يعني ما لايُستعمل بصفته عُملةً) ويؤخذ من كلامهم جوازُ بيعِ المغشوش بصنفه الخالص إذا كان يجرى بين النّاس، (يعني في المسكوك الّذي يُستعمل بصفته عُملة) ثمّ نقل عن صاحب الشّامل قوله: "أمّا بمغشوشٍ يُتعامل به، فيُباعُ بصنفه وزناً.(٢)" ولم أجد عندهم ما يدلّ على الفرق بين ما غلب عليه الغشّ وبين ما لم يغلب عليه، ولعلّ وجهه أنّه إن كان المغشوش يجرى بين النّاس بصفته عُملةً، فالغشُّ تابعٌ للأصل، والتّابعُ عندهم لا حُكمَ له، فلا فرقَ بين الغالب وغير الغالب، مادام تابعاً. والله سبحانه أعلم.

أمّا الشّافعيّة، فلايُجيزون بيعَ المغشوش، لابمثله ولابالخالص، إلاّ إذا كان الغِشُّ قليلاً مستهلَكاً بحيثُ لايأخذ حظّاً من الورق، فلاتأثيرَ له في إبطال البيع، لأنّ وجودَه كعدمه، وقدقيل: يتعذّر طبعُ الفضّة إذالم يُخالطها خلطٌ من جوهرآخر.(٣)

وفصّل الحنابلة في المسئلة بأنّ بيعَ المغشوش بالخالص لايجوز، لأنّ الذّهب أو

---

(١) المراطلة في اصطلاح المالكيّة بيع نقد بجنسه بالوزن، والمبادلة: بيع نقد بجنسه بالعدد. أمّا اصطلاح الصّرف فيختصّ عندهم ببيع النّقد بنقد خلاف جنســه، مثل الذّهب بالفضّة. (راجع مواهب الجليل للحطّاب، كتاب البيوع ٤: ٣٣٦ والدّسوقي، باب ينعقدالبيع بما يدلّ على الرّضا ٣: ٢)

(٢) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٣٣٥

(٣) تكملة شرح المجموع للسبكي ١٠: ٤١٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الفضّة في المغشوش قليلٌ بالنّسبة إلى ما في الخالص، فالتّفاوتُ معلوم، وهو ربا. أمّا بيعُ المغشوش بالمغشوش، فجائزٌ بشرط أن يعلم أنّ القدر المغشوش فيهما متساو. أمّا إذا عُلم أنّ الغشّ متفاوت، أو لم يُعلم مقداره فلا يجوز، لكون كلّ من التّفاوت والجهالة ممنوعاً في الصّرف.[1] وكان الظّاهرُ من مذهبهم في مسئلة مدّعجوة أن لايجوز البيعُ أصلاً بدون الفصل بين الذهب والغشّ، ولكنّهم صرّحوا بأنّ بيع الخالص بالمغشوش ليس من قبيل مُدّ عجوة، لأنّ مسئلة مدّ عجوة إنما تتأتّى عندهم إذا كان كلُّ جزءٍ من المركّب مقصوداً بالبيع، ولاتتأتّى هنا، لكون الغِشّ غير مقصود.

٣١٤- شرائط صحة الصّرف

ولمّا ثبت في عقدٍ أنّه صرْف، فيشترط لصحّته شروط آتية

الشرط الأوّل: التّقابض في المجلس

يجب لصحّة الصّرف أن يتقابض المتعاقدان البدلين في مجلس العقد. وذلك لقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "الذّهبُ بالذّهب رباً إلاّ هاء وهاء."[2] ولقوله صلّى الله عليه وسلّم: "لاتبيعوا الذّهب بالذّهب إلاّ مثلاً بمثل، ولاتُشفّوا بعضَها على بعض، ولاتبيعوا الورق بالورق إلاّ مثلاً بمثل، ولاتُشفّوا بعضَها على بعض، ولاتبيعوا منها غائباً بناجز."[3]

(١) هذه خلاصة مافي المغني لابن قدامة ٤: ١٦٠و ١٦١ وكشاف القناع ٣: ٢٤٩

(٢) أخرجه البخاريّ عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، كتاب البيوع، حديث ٢١٧٤

(٣) أخرجه البخاري عن أبي سعيد الخدريّ رضي الله تعالى عنه، كتاب البيوع، حديث ٢١٧٧

www.besturdubooks.wordpress.com

فلابدّ لصحّة الصّرف أن يقع التّقابضُ قبل الافتراق بالأبدان. وتفسيرُ الافتراق أن يفترق العاقدان عن مجلسهما، فيأخذُ هذا في جهةٍ وهذا في جهة، أو يذهبَ أحدهما ويبقى الآخر في مكانه، حتىّ لو كانا في مجلسهما، لم يتحقّق الافتراق وإن طال المجلس. ولو نادى أحدُهما صاحبَه من وراء جدارٍ أو ناداه من بعيدٍ لم يجُز الصّرف، لأنّهما مفترقان بأبدانهما عند العقد.[١]

وإنّ التّخلية وإن كانت كافيةً عند الحنفيّة في تحقّق القبض في البيوع الأخرى، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد،[٢] ولكن لايكفي التّخليةُ في الصّرف بالإجماع. بل يجب أن يقع التّقابضُ من الطّرفين فعلاً وحقيقةً. جاء في الدّرّ المختار عند بيان شروط صحّة الصّرف:

"والتّقابضُ بالبراجم، لابالتّخلية."

وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحته:

"قوله: "لا بالتّخلية" أشار إلى أنّ التّقييد بالبراجم للاحتراز عن التّخلية، واشتراط القبض بالفعل، لاخصوص البراجم، حتّى لو وضعه له في كفّه أو في جيبه، صار قابضاً."[٣]

وقال شمسُ الدّين بن قدامة رحمه الله تعالى: "إذاكان المبيع دراهم أودنانير،

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٥٣ و٤٥٤

(٢) الشرح الكبير على المقنع مع المغني ٤: ١٢٠

(٣) ردّالمحتار "باب الصّرف" ٥: ٢٥٠ فقرة ٢٥١٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

فقبضُها باليد."(۱)

وقال ابن عبد البرّ رحمه الله تعالى:

"ولايجوزفي شيئ من الصّرف تأخيرُ ساعة فما فوقها، ولا أن يتوارى أحدهما عن صاحبه قبل التّقابض، ولاتجوز فيه حوالة ولاضمان، ولا خيار ولاعدة، ولاشيئ من النُّظرة، ولا يجوز إلا هاء وهاء، ويتقابضان في مجلس واحد ووقت واحد."(۲)

وبهذا يظهر أنّ الصّرف لايمكن إنجازه بالهاتف، إلاّ عن طريق الوكالة، بأن يوكّل كلٌ واحدٍ منهما وكيلاً للقبض، فيتقابضان أثناء المكالمة الهاتفيّة.

وفرّع الحنفيّةُ على اشتراط التّقابض أنّه لايجوز التصرّف في ثمن الصّرف قبل قبضه بهبة، أو صدقة، أو بيع، حتّى لو باع ديناراً بدراهم، واشترى بها ثوباً قبل قبضها، فسد بيعُ الثّوب في ظاهر المذهب، كما في الهداية وغيرها، وهذا إذا صرّح في شراء الثّوب أنّه يشتريه بالدّراهم الّتي وقع عليها الصّرف. لأنّ قبض الدّراهم واجبٌ حقّاً لله تعالى. وفي إجازة شراء الثّوب تفويتٌ لهذا الحقّ. وفيه خلاف لزفر رحمه الله تعالى، حيثُ أجاز العقد في الثّوب. لأنّ الدّراهم لاتتعيّن، فإضافةُ العقد إلى بدل الصّرف كعدم إضافته. فلا مانعَ من صحّة شراء الثّوب، ويُعتبر إضافتُه إلى بدل الصّرف تقديراً لثمن الثّوب، فيدفع إلى البائع مثل تلك الدّراهم، فلا يفوت القبض. وقوّى ابن الهمام قول زفر

---

(۱) الشرح الكبير على المقنع مع المغني ٤: ١٢٥

(۲) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص ٣٠٣

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمهما الله تعالى.[1]

٣١٥- صرف ما في الذمّة

وممّا يتعلق بشرط التّقابض صرفُ ما في الذّمّة. وله صورتان:

الأولى: أن يكون لزيد عشرة دنانير على عمرو، فيُريد عمرو أن يُعطيه دراهم بدل الدّنانير، ومعناه أنّه يُريد أن يصرف العشرة دنانير الّتي هيَ في ذمّته بالدّراهم، فإنّ ذلك جائز عند الأئمّة الأربعة والجمهور[2] بشرطين: الأول: أن يكون الصّرفُ بسعر يوم الأداء، والثّاني: أن يُصفّي كلُّ ما وقع عليه الصّرف في مجلس العقد، أو المقدارُ الّذي أُريد استبدالُه، ولايبقى في الذّمّة شيئٌ ممّا أُريد استبدالُه. فإن كان الدّين عشرة دنانير، وأُريد استبدالُ كُلّه بالدّراهم، وسعرُالاستبدال في يوم الأداءعشرة دراهم بدينار واحد، فيجوزُ الاستبدالُ بمائة درهم، ولكن يجب أن تؤدّى جميع هذه الدّراهم في ذلك المجلس، ولايؤجّل شيئٌ منه إلى ما بعد المجلس.

أمّا إذا أراد الطّرفان أن يقعَ الاستبدالُ في نصفِ الدّين فقط، مثل أن يتّفقا على أن يُعطيَ عمرو نصفَ الدّين، وهو خمسة دنانير بالدنانير نفسها، ويستبدلَ الباقيَ بالدّراهم، فيعطي خمسين درهماً، فهذا جائزٌ أيضاً، بشرط أن يؤدّيَ خمسين درهماً في نفس المجلس، ولايؤخّرَ شيئاً منها إلى مابعده.

وهذا الحكمُ مبنيٌّ على ما ثبت عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال:

---

(١) فتح القدير ٦: ٢٦٤

(٢) قال ابن قدامة: ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر، ويكون صرفاً بعين وذمّة في قول أكثر أهل العلم، ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة ابن عبدالرحمن وابن شبرمة. (المغني ٤: ١٧٢ و١٧٣)

www.besturdubooks.wordpress.com

"كنت أبيعُ الإبلَ بالبقيع، فأبيعُ بالدّنانير، وآخذُ الدّراهم، وأبيع بالدّراهم، وآخذُ الدّنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيتُ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم، وهو في بيتِ حفصة، فقلت: يارسولَ الله! رُوَيْدَك، أسألك: إنّي أبيعُ الإبلَ بالبقيع فأبيعُ بالدّنانير، وآخذ الدّراهم، وأبيعُ بالدّراهم وآخذ الدّنانير، آخذُ هذه من هذه، وأُعطي هذه من هذه. فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: لابأس أن تأخذها بسعرِ يومِها، مالم تفترقا وبينكما شيئ."[1]

والصورة الثّانية من صرف ما في الذّمّة أن يكون كلٌّ واحد من المتصارفين مديوناً لآخر بعُملة مختلفة، فيُريدان أن يتصارفاها، وهيَ في الذّمّة، بمعنى أن يتقاصّا دينيهما، مثل أن يكون لزيد على عمرو عشرة دنانير، ولعمرو على زيد مائة درهم، فهل يجوز أن يقول زيد لعمرو: بعني المائة درهم الّتي لك عليّ بالعشرة دنانير الّتي لي عليك؟ وحاصل ذلك أن يُطفأ دينُ كلّ واحد منهما بالمقاصّة. وفيه اختلافٌ ذكره ابن رشد الحفيد رحمه الله تعالى. قال:

"واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير، وللآخر عليه دراهم، هل يجوز أن يتصارفاها وهيَ في الذّمّة؟ فقال مالك: ذلك جائز إذا كانا قد حلاّ معاً. وقال أبوحنيفة: يجوز في الحالّ وفي غير الحالّ.[2] وقال

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذّهب من الورق، حديث ٣٣٥٤

(٢) قال ابن عابدين: "لو تصارفا دراهم بدنانير ديناً، صحّ لفوات الخطر" (ردالمحتار، باب الصّرف ١٥: ٥٤٤ فقره ٢٥١٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّافعيّ واللّيث: لايجوز ذلك، حلاً أو لم يحلاّ.[1] وحجّة من لم يُجزه أنّه غائب بغائب. وإذا لم يجز غائب بناجز، كان أحرى أن لايجوز غائب بغائب. وأمّا مالك فأقام حلول الأجلين مقام النّاجز بالنّاجز، وإنّما اشترط أن يكونا حالّين معاً لئلاّ يكون ذلك من بيع الدّين بالدّين. وبقول الشّافعيّ قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك."[2]

والظّاهر في مصارفة ما في الذّمّة من الجانبين اشتراط أن يكون بسعر يوم المصارفة، كما في الصّورة الأولى، ولاسيّما إذا كان أحد مافي الذّمّة مؤجلاً على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فإن كان المقضيُّ الّذي في الذّمّة مؤجّلاً فقد توقّف أحمدُ فيه : وقال القاضي: يحتمل وجهين: أحدُهما : المنعُ وهو قولُ مالكٍ ومشهورُ قولَي الشّافعيّ، لأنّ ما في الذّمّة لا يستحقّ قبضه، فكان القبضُ ناجزاً في أحدهما، والنّاجز يأخذ قِسطاً من الثّمن، والآخر: الجوازُ وهو قولُ أبي حنيفة، لأنّه ثابتٌ في الذّمّة بمنزلة المقبوض، فكأنّه رَضِيَ بتعجيل المؤجّل، والصّحيحُ الجوازُ إذا قضاه بسعر يومها، ولم يجعل للمقضيّ فضلاً لأجل تأجيل ما في الذّمّة، لأنّه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً، فقد رَضِيَ بتعجيل ما في الذّمّة بغير عِوَضٍ، فأشبه ما لو قضاه من جنس الدّين، ولم يستفصل النبيُّ صلى الله

(۱) وهو مذهب الإمام أحمد أيضاً كما في المغني ٤: ١٧١

(۲) بداية المجتهد، قبيل كتاب السّلم ص ٥٩٨

www.besturdubooks.wordpress.com

عليه و سلم ابنَ عمر حين سأله، ولو افترق الحال لسأل واستفصل.»[1]

٣١٦- الشرط الثاني: التماثل في صرف المتجانسين

إن كان البدلان في الصّرف من جنس واحد، مثل بيع الذّهب بالذّهب، أو الفضّة بالفضّة، فيجب أن يكونا متساويين في الوزن، ولو اختلفا جودةً وصناعةً. وذلك مصرّح في حديث أبي سعيد الخُدريّ رضي الله تعالى عنه الّذي مرّ نصّه. ومن أجل هذا الشرط أجمع الفقهاء على أنّ المجازفة في الصّرف لاتجوز، لأنّ التّماثل غير معلوم.

٣١٧- الشرط الثالث: الخلو عن خيار الشرط

والشّرط الثالث: أن يكون عقدُ الصّرف خالياً عن خيار الشّرط، لأنّ خيارَ الشّرط يمنع ثبوت الملك أو تمامَه على القولين، كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى، وذلك يُخِلّ بتمام القبض، وهو مايحصُل به التّعيين. أمّا خيارُ العيب، فيثبت فيه، لأنّه لايمنع تمام القبض عند العقد. وخيارُ الرؤية يثبت في المصوغ، دون الدّراهم الفضّيّة والدّنانير الذّهبيّة، لأنّه لافائدةَ في ردّها، إذ العقد لاينفسخ بالردّ لأنّه ما ورد على عين المردود، بل على مثله، وقيامُ العقد يقتضي ولايةَ المطالبة بمثله، فإذا قبض يردّه، فيطالبه بآخر، هكذا إلى مالا يتناهى. أمّا إذا وقع العقدُ على تِبْر أو مصوغ، فقد ورد العقد على عين، فينفسخُ العقد بالرّدّ، فلا يملك المطالبةَ بعين أخرى، فكان الردّ مفيداً.[2]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ١٧٣ و ١٧٤

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٥٩ و ٤٦٠ والدرالمختار مع ردّالمحتار ٥: ٥٢٦

www.besturdubooks.wordpress.com

٣١٨- ما يكون صَرفاً وما لايكون

أجمع الفقهاء أنّ الذّهب والفضّة إن كانا في صورة التّبر، أو كانا مسكوكين في صورة الدّينار والدّرهم، فإنّ تبادلهما صَرْفٌ، سواءٌ وقع التّبادلُ بجنسها، مثل الدّينار بالدّينار، و تِبر الذّهب بتِبْر الفضّة، أوبخلاف جنسها، مثل الدّينار بالدّرهم، وتبر الذّهب بتِبْر الفضّة، فيجب في الأوّل التّماثل والتّقابض جميعاً، وفي الثّاني يجوز التّفاضل، ويجب التّقابض.

٣١٩- هل بيع المصوغ بغير المصوغ صَرْف؟

أمّا إن كان الذّهب والفضّةُ مصوغين، مثل الحُليّ والأواني المصوغة من الذّهب والفضّة، فالجمهورُ على أنّه صَرْف، وهو في حكم التّبر والمسكوك سواءً بسواء، فيجب التّماثلُ والتّقابضُ إذا بِيْعَ حُليُّ الذّهب بتبره، أو بالدّينار الذّهبيّ، أو بحُليّ آخر، ويجب التّقابضُ إذا بيع بخلاف جنسه. وهو المختارُ في المذاهب الأربعة وجماهير العلماء، وحُكيَ عن الإمام مالك رحمه الله تعالى جوازُ بيع المضروب بقيمته من جنسه، وأنكر أصحابه ذلك ونفَوه عنه. وحُكيَ عن الإمام أحمد أنّه قال: لايجوزُ بيعُ الصّحاح بالمكسّرة أصلاً، لأنّ للصّناعة قيمةً بدليل حالة الإتلاف، فيصيرُ كأنّه ضمّ قيمةَ الصّناعة إلى الذّهب. ولكنّ المختارَ في مذهب المالكيّة والحنابلة ماذكرنا من أنّه يجوز بيعُه بشرط التّساوي في الوزن والتّقابض، ولايجوز بالتّفاضل أو بدون التّقابض.[1]

---

(١) راجع لكلّ ذلك المغني لابن قدامة ٤: ١٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وخالف العلاّمة ابنُ القيّم رحمه الله تعالى الجمهورَ في ذلك. وقال: يجوز بيعُ المصوغ بالدّنانير أو بالتّبر مع التّفاضل، ولايُشترط فيه التّقابض. فكأنّه لم يعتبره صرْفاً، لأنّ الصّناعة أخرجتْه من حُكم الذّهب أو الفضّة، وجعلتْه كسائر العروض.[١]

وهذا القولُ شاذٌّ لاتُساعِده الرّوايةُ ولا الدّراية.

أمّا الرّواية، فلِما أخرجه مسلم رحمه الله تعالى عن فضالة بن عُبيد رضي الله تعالى عنه قال:

"أُتيَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب، وهي من المغانم تُباع، فأمر رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم بالذّهب الّذي في القلادة، فنُزع وحده. ثمّ قال لهم رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: الذّهب بالذّهب وزناً بوزن."[٢]

وظاهرٌ أنّ القلادةَ كانت مصوغةً، فلولا أنّ بيعَ المصوغ يحرُم بالذّهب غيرِ المصوغ، لمَا أمر بنزْع الذّهب منه، ولوكان الذّهبُ المصوغُ في حُكم العروض، كما قال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى، لكانت هذه القلادةُ أحقَّ باعتبارها عروضاً لكون العروض وهو الخرز مركّباً معه.

وأخرج مسلم أيضاً عن أبي الأشعث قال: "غزونا غزاةً، وعلى النّاس معاوية، فغنِمْنا غنائمَ كثيرةً، فكان فيما غنِمْنا آنيةٌ من فضّة، فأمر معاويةُ رجلاً أن يبيعها في أعطيات النّاس في ذلك (أي نسيئةً إلى أن يخرج عطاءُ المشتري) فتسارع النّاس، فبلغ عُبادة

(١) راجع إعلام الموقّعين ٢: ١٠٤

(٢) صحيح مسلم، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، حديث ٤٠٤٦

www.besturdubooks.wordpress.com

بن الصامت رضي الله تعالى عنه، فقال: إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة...إلا سواءً بسواء، عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى. فرد الناس ما أخذوا. فبلغ ذلك معاوية فقام خطيباً، فقال: ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث كنا نشهده ونصحبه، فلم نسمعها منه. فقام عُبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه، فأعاد القصة، وقال: لنحدثن بما سمعنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن كره معاوية."[1]

وأخرج مالك وأحمد والشافعي عن عطاء بن يسار: "أن معاوية بن أبي سفيان رضي الله تعالى عنه باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها، فقال له أبو الدرداء: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل، فقال له معاوية: ما أرى بمثل هذا بأسا، فقال أبو الدرداء: من يعذرني من معاوية؟ أنا أُخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويخبرني عن رأيه، لاأساكنك بأرض أنت بها. ثم قدم أبو الدرداء رضي الله تعالى عنه على عمر بن الخطاب فذكر له ذلك. فكتب عمر إلى معاوية ألا يبيع ذلك إلا مثلاً بمثل، وزناً بوزن."[2]

وتأول ابن القيم رحمه الله تعالى في قصة عُبادة رضي الله تعالى عنه بأن إنكاره على معاوية لم يكن بسبب أن بيع الآنية كان يستلزم الربا، وإنما كان من أجل أن استعمال آنية الفضة حرام، فبيعه لايجوز بجنسه أو بغير جنسه. ولكن هذا التأويل غير سائغ، لأن عُبادة رضي الله تعالى عنه لم يحتج على معاوية بحرمة استعمال الآنية. وإنما

---

(١) صحيح مسلم، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث ٤٠٣٠

(٢) موطأ الإمام مالك، باب بيع الذهب بالورق عيناً وتبراً، ص ٥٨٢

www.besturdubooks.wordpress.com

استدلّ بحديث حُرمة الرِّبا، ولايُعقلُ منه أن يأتيَ في الرّدّ عليه بحديثٍ لا علاقةَ له بعلّة الحرمة. ثمّ إنّ عمر رضي الله تعالى عنه أجاز في قصّة أبي الدّرداء بيعَ السّقاية، ولكن اشترط فيه التّماثلَ في الوزن، كما مرّ في حديث الموطأ، ممّا يدلّ صراحةً على أنّ علّة المنع هو التّفاضلُ أو النّسيئة، وليس كونَ الآنية من الفضّة أو الذّهب.

وقد أخرج مالك رحمه الله تعالى قصّةً أخرى في الباب نفسه عن مجاهد أنّه قال: "كنتُ مع عبد الله بن عمر، فجاءه صائغٌ، فقال: يا أبا عبد الرحمن! إنّي أصوغ الذّهب، ثمّ أبيعُ الشّيء من ذلك بأكثرَ من وزنه، فأستفضِلُ من ذلك قدرَ عمل يدي، فنهاه عبد الله بن عمر، فجعل الصّائغُ يُردّد عليه المسئلة، وعبدالله ينهاه، حتّى انتهى إلى باب المسجد، أو إلى دابّة يُريد أن يركبَها. ثمّ قال عبدالله بن عمر: الدّينارُ بالدّينار والدّرهمُ بالدّرهم لافضلَ بينهما. هذا عهدُ نبيّنا إلينا، وعهدُنا إليكم."[1]

فصرّحَ ابنُ عمر رضي الله تعالى عنهما في هذا الحديث بأنّ المصوغَ وغيرَ المصُوغ لافرقَ بينهما في حُرمة التّفاضُل وغيره.

وأخرج محمّد رحمه الله تعالى عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "بُعث إلى عمر رضي الله عنه بإناء من فضّةٍ خُسروانيٍ قد أُحكِمت صنعتُه، فأمر الرّسولَ أن يبيعَه، فرجع الرّسولُ فقال: إنّي أُزاد على وزنه، قال عمر رضي الله عنه: لا، فإنّ الفضلَ رباً."[2]

---

(١) الموطأ، ص ٥٨٢

(٢) كتاب الآثار للإمام محمد رحمه الله تعالى، باب شراء الذهب والفضة تكون في السبر والجوهر، حديث ٧٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وأخرج البيهقيّ رحمه الله تعالى عن أبي رافع قال: "كان عمر بن الخطاب يجلس عندي فيُعلّمني الآية. فأنساها فأناديه: يا أمير المؤمنين! قد نسيتُها. فيرجعُ فيُعلّمنيها. قال: فقلت له: إنّي أصوغُ الذّهبَ فأبيعه بوزنه، وآخذ لعُمالة يدي أجراً؟ قال: لا تبع الذّهبَ بالذّهبِ إلا وزناً بوزنٍ، والفضّةَ بالفضّةِ إلا وزناً بوزنٍ ولا تأخذ فضلاً."(١)

فهذه الأحاديث والآثار أدلّةٌ ناطقةٌ بأنّ المصوغَ وغيرَ المصوغ سواءٌ في وجوب التّماثل والتّقابض، وأنّه مذهبُ الصّحابة رضي الله تعالى عنهم. أمّا ماروُي عن معاوية في قصّة عبادة رضي الله تعالى عنهما، فقد صرّح معاوية رضي الله تعالى عنه فيها أنّه لم يسمَعْ ما سمِعه عُبادة، وهذا كما لم يبلغ حديثُ ربا الفضل ابنَ عبّاس وغيره. وأمّا في قصّة أبي الدّرداء، فلعلّ معاوية رضي الله تعالى عنهم رأى في مبدأ الأمر أنّ المصوغَ ليس في حكم غير المصوغ، ومن أجل هذا نُسب إليه بعضُ العلماء جوازَ التّفاضل والنّسيئة فيه، ولكنّ المذكورَ في القصّة نفسها أنّ الأمرَ لمّا بلغ عمرَبن الخطّاب رضي الله تعالى عنه، نهاه عن ذلك. والظّاهرُ أن يكون قد رجع عن رأيه بعدَ ما نهاه عمرُ رضي الله تعالى عنه. فلا ينبغي أن يُنسَب إليه هذا القولُ بيقين. والله سبحانه أعلم.

أمّا الدّراية، فقال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى: "أمّا إن كانت الصّياغةُ مُباحةً، كخاتم الفضّة، وحلية النّساء، وما أبيح من حلية السّلاح وغيرها، فالعاقلُ لايبيعُ هذه بوزنها

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، باب لا يباع المصوغ من الذهب والفضة بجنسه بأكثر من وزنه، ٥: ٢٩٢ قال شيخنا العثماني التهانويّ رحمه الله تعالى: والحديث احتج به البيهقيّ، وسكت عنه ابن التركمانيّ، ولم يُعلّه بشيء، فهو صحيح أو حسن، وعبدالوهاب بن عطاء صدوق من رجال مسلم، ودينار أبو فاطمة لم أعرفه بجرح ولا تعديل." (إعلاء السنن ١٤: ٢٩٩ و ٣٠٠)

www.besturdubooks.wordpress.com

من جنسها. فإنّه سفهٌ وإضاعةٌ للصّنعة. والشّارع أحكمُ من أن يُلزم الأمّة بذلك، فالشّريعةُ لاتأتي به، ولاتأتي بالمنع من ذلك وشراءه لحاجة النّاس إليه."[1]

وإنّ هذا الكلام مستغربٌ من مثل ابن القيّم رحمه الله تعالى. أمّا أولاً، فلأنّه رأيٌ في مقابلة النّصوص الظّاهرة المتكاثرة، وتسفيهٌ للسّلف القائلين بحرمة ذلك بمحض الرّأي، وأمّا ثانياً، فلأنّه يمكن أن يُقال مثلُ ذلك في مبادلة التّمر الجيّد بالرّديء أنّه لايبيعُ عاقلٌ التّمرَ الجيّد بالرّديء من جنسه، وأنّه سفهٌ، مع كونه ممنوعاً بالنّص، ومعترفاً به من ابن القيّم رحمه الله تعالى أيضاً. وقد ذكر العلاّمة ابنُ تيميّة رحمه الله تعالى الجيّد والرّديء، والمصوغ وغيرَ المصوغ في نسقٍ واحدٍ بلا فرقٍ بينهما، فقال رحمه الله تعالى:

"إنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم حرّم أشياء ممّا يخفى فيها الفساد لإفضاءها إلى الفساد المحقّق، كما حرّم قليلَ الخمر، لأنّه يدعو إلى كثيرها، ومثل ربا الفضل، فإنّ الحكمةَ فيه قد تخفى، إذ العاقلُ لايبيع درهماً بدرهمين إلاّ لاختلاف الصّفات، مثل كون الدّرهم صحيحاً والدّرهمين مكسورين، أو كون الدّرهم مصوغاً، أو من نقدٍ نافقٍ ونحو ذلك. ولذلك خفيت حكمةُ تحريمه على ابن عبّاس ومعاوية وغيرهما، فلم يروا به بأساً حتّى أخبرهم الصّحابةُ الأكابر كعبادة بن الصّامت وأبي سعيد وغيرهما بتحريم النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم لربا الفضل."[2]

---

(١) إعلام الموقعين ٢: ١٠٧

(٢) مجموع فتاوى ابن تيميّة، قواعد جامعة في عقود المعاملات والنّكاح، القاعدة الثّانية ٢٩: ١٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّ هذا النّصّ من ابن تيميّة رحمه الله تعالى يدلّ على أنّه مع جمهور الأئمة والصحابة الأكابر في هذه المسئلة، وأنّه يعتبر المصوغ بغير المصوغ مثل الجيّد بالرّديئ في حُرمة التّفاضل، وأنّ حكمة تحريمه خفيّة عنده، مثل حكمة تحريم ربا الفضل في سائر الأموال الرّبويّة. وما نُسب إلى ابن تيميّة رحمه الله تعالى من أنّه يجوّز المصوغ بغيره متفاضلاً مثل رأي ابن القيّم،[١] فلم أجده في عبارته صريحاً، بل عبارتُه المذكورة تدلّ على خلاف ذلك. والله سبحانه أعلم.

ثمّ ابنُ القيّم رحمه الله تعالى ذكر أنّ الحكمةَ في تحريم ربا الفضل سدٌّ لذريعة الرّبا، وهذه الحكمةُ لاتُوجد في بيع المصوغ. ولكنّه استدلالٌ غير ناهض، أمّا أوّلاً، فلأنّ الحكمةَ إن لم تكن منصوصةً، فقد تختلف في تخريجها الآراء، وقد وقع الاختلافُ في بيان الحكمة في هذه المسئلة فعلاً.[٢] وأمّا ثانياً، فلأنّ الحكمَ لايدورُ على الحكمة، وإنّما يدورُ على العلّة، كما تقرّر في موضعه.[٣] وأمّا ثالثاً، فسدُّ الذّريعة متحقّقٌ ههنا أيضاً، لأنّه لو أجيز بيعُ المصوغ بغير المصوغ بزيادة مقابلَ الصّنعة، فليس هناك ما يُحدّد مقدارَ الزّيادة المقابلة للصنعة، فيُمكن لبائع المصوغ أن يُطالبَ مقابلَ الصّنعة زيادةً كثيرةً يقصد به الرّبا، مثل بيع خاتم بسيطِ الصّنعة بما يُساوي أضعافَ وزنه ذهباً.

---

(١) جلاء العينين بمحاكمة الأحمدين ١: ٦٢٨

(٢) فحكمة ربا الفضل التي ذكرها الشيخ وليّ الله الدّهلويّ وابن رشد رحمهما الله تعالى مختلفةٌ عمّا ذكره ابن تيميّة وابن القيّم رحمهما الله تعالى، فإنّ ابن رشد ذكر أنّ حكمته المنع من السّرف (بداية المجتهد ٢: ١٣٢) وذكر الشّيخ الدّهلويّ رحمه الله تعالى أنّ حكمته كراهة الرفاهية البالغة. (حجة الله البالغة ٢: ٣٨٤)

(٣) وقد فصّلت هذه المسئلة في كتابي "أصول الإفتاء وآدابه" ص ٢٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا ما ذكره ابنُ القيّم رحمه الله تعالى من حاجة النّاس إلى مثل هذه المعاملة، فإنّ الحاجة تندفع ببيع المصوغ بخلاف جنسه، وعلى ذلك فتُباع حليةُ الفضّة بالذّهب، وحليةُ الذّهب بالفضّة. ويجوزُ ذلك بالتّفاضُل إجماعاً بشرط التّقابُض في المجلس، كما أنّه يمكن أن تُباع الحِلية بالأثمان الاصطلاحيّة التي سيأتي حكمُها إن شاء الله تعالى في المبحث القادم. أمّا ماذكره ابن القيّم رحمه الله تعالى من قوله:

"فلم يبق إلاّ أن يُقال: لايجوز بيعُها بجنسها البتّة، بل يبيعُها بجنسٍ آخر. وفي هذا من الحرج والعُسر والمشقّة ما تتّقيه الشّريعة، فإنّ أكثرَ النّاس ليس عندهم ذهبٌ يشترون به ما يحتاجون إليه من ذلك، والبائعُ لايسمح ببيعه ببُرٍّ وشعير وثياب."

فإنّ مثلَ ذلك يمكن أن يُقال في مبادلة جميع الرّبويّات بعضها ببعض، مثل أن يقال: إنّ مشتريَ جيّد التّمر لايجد إلاّ تمراً رديئاً، والبائعُ لايسمحُ أن يبيعه ببُرٍّ أو شعير، وبمثل هذا لاتُردّ الأحاديث والآثار الصّحيحة. وقد ثبت في حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهما قالا:

"إنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمرٍ جنيب، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "أكلّ تمر خيبر هكذا؟" قال: لا، والله يا رسول الله! إنّا لنأخذ الصّاع من هذا بالصّاعين والصّاعين بالثّلاث، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "لا تفعلْ، بِعِ الجمْعَ بالدّراهم ثمّ ابتعْ بالدّراهم جنيباً."[1]

---

(١) صحيح البخاري، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، حديث ٢٢٠١ و٢٢٠٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد ثبت في هذا الحديث أنّ النّاس كانوا يتعاملون ببيع الجيّد بالرّديء، وما ذلك إلاّ لأنّ التّعامل بالنّقود في ذلك العهد كان قليلاً. وكان في نزعهم عن تلك العادة مشقّة في الظّاهر. ولكنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم منعهم من ذلك، وأمرهم بأن يبيعوا التّمر بالدّراهم أوّلاً، ثمّ يبتاعوا الجيّد بالدّراهم. فثبت أنّ مثل هذا العسر لااعتبار له في الشّريعة لتحليل ما ثبت تحريمه بالنّصوص. فإن لم يكن عند أحد الذّهب، وهو يريد حُليّ الفضّة. فلابدّ أن تكون عنده دراهم يرضى من أجلها أن يؤدّي أكثر من وزن الفضّة الموجودة في الحُليّ كما يقترح ابن القيّم رحمه الله تعالى، فيفعل مثل ما أمر النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم، أن يشتري الذّهب بالدّراهم، ثمّ يشتري حُليّ الفضّة بذلك الذّهب. وليس ذلك من الحيلة الممنوعة في شيء، لأنّ النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم هو الّذي علّم ذلك.

٣٢٠ـ هل الأثمان الاصطلاحيّة يجري فيها الصّرف؟

ثمّ إنّ الدّراهم المضروبة بالفضّة، والدّنانير المضروبة بالذّهب يجري فيها الصّرف بالإجماع. فإن بيعت بجنسها، وجب التّماثل والتّقابض. وإن بيعت بغير جنسها، لم يجب التماثل ولكن وجب التّقابض.

أمّا الأثمان العرفيّة أو الاصطلاحيّة المسكوكة بغير الذّهب والفضّة، مثل الفلوس، فاختلف الفقهاء في حكمها. فذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى أنّها في حكم دنانير الذّهب ودراهم الفضّة، فيجب التّبادل بينها بجنسها بالتّماثل والتّقابض في المجلس، وبغير جنسها بشرط التّقابض فقط. جاء في المدوّنة الكبرى:

"قلت: أرأيت إن اشتريت فلوساً بدراهم، فافترقنا قبل أن نتقابض؟ قال: لا

www.besturdubooks.wordpress.com

يصلح هذا في قول مالك، وهذا فاسد. قال لي مالك في الفلوس: لا خير فيها نَظِرَةً بالذّهب ولا بالورق، ولو أنّ النّاس أجازوا بينهم الجلود حتّى تكون لها سِكّةٌ وعينٌ لكرهتُها أن تُباع بالذّهب والورق نَظِرَةً. قلتُ: أرأيتَ إن اشتريتُ خاتمَ فِضّةٍ أو خاتمَ ذهبٍ أو تِبْرَ ذهبٍ بفُلُوسٍ فافترقْنا قبل أن نتقابض، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا يجوز هذا في قول مالك، لأنّ مالكاً قال: لا يجوز فَلْسٌ بفَلْسَيْن، ولا تجوز الفلوسُ بالذّهب والفضّة ولا بالدّنانير نَظِرَةً. ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ربيعة بن أبي عبد الرّحمن أنّه قال: الفلوسُ بالفلوس بينهما فضلٌ فهو لا يصلح في عاجلٍ بآجلٍ، ولا عاجلٍ بعاجلٍ، ولا يصلحُ بعضُ ذلك ببعضٍ إلا هاء وهاء. قال اللّيث بن سعد عن يحيى بن سعيد وربيعة أنّهما كرها الفُلُوسَ بالفُلُوسِ وبينهما فضلٌ أو نَظِرَةٌ، وقالا: إنّها صارت سِكّةً مثل سِكّةِ الدّنانير والدّراهم. اللّيث عن يزيد بن أبي حبيب، وعبيد الله بن أبي جعفر، قالا: وشيوخُنا كلّهم إنّهم كانوا يكرهون صرف الفلوس بالدّنانير والدّراهم إلاّ يداً بيدٍ. وقال يحيى بن أيوب: قال يحيى بن سعيد: إذا صرفت درهماً فلوساً، فلا تفارقه حتى تأخذها كلّها."(١)

أمّا الشّافعيّة، فعلّةُ حرمة الفضل والنّسيئة في الذّهب والفضّة وإن كانت عندهم الثّمنيّة، ولكنّهم يُقيّدونها بجوهريّة الثّمن، ويعنون بذلك ما اعتُبر ثمناً بخلقته، وهو الذّهب أو الفضّة. أمّا ما أصبح ثمناً بالاصطلاح، كالفلوس، فإنّها قد تكونُ ثمناً وقد

---

(١) المدونة الكبرى، كتاب الصرف، باب "التأخير في صرف الفلوس"، ٣: ٥ و٦

www.besturdubooks.wordpress.com

لاتكون، فلا يوجدُ فيها جوهريّة الثّمن، فلذلك لاتوجد فيها العلّةَ الّتي من أجلها حرُم التّفاضل والنّسيئة. فلا ربا عندهم في بيع الفلوس بعضها ببعض، ويجوز فيها التّفاضل والنّسيئةُ جميعاً.(١)

أمّا الإمام أحمد رحمه الله تعالى، فعنه في هذه المسئلة روايتان: إحداهما أنّه يجوز بيعُ الفلس بالفلسين، لأنّ العلّةَ عنده الوزن، ولاتُوجد في الفلوس، لكونها عدديّةً. وهو الّذي صحّحه ابنُ قدامة. والرّواية الثّانية: أنّه يجري فيها الرّبا والصّرف. لأنّها معمولةٌ من النّحاس، أو الصُّفر، أو الحديد، فأصلُها موزون. واختار القاضي أنّ ما كان يُقصَد وزنُه بعد عمله كالأسطال(٢) ففيه الرّبا، وما لا فلا.(٣)

وأمّا الحنفيّة، فالعلّةُ عندهم الوزنَ لا الثّمنيّة، ومقتضى هذا في الظّاهر أن لايجريَ الرّبا في الفلوس، لأنّها عدديّة، ولكنّهم لم يُجيزوا التّفاضلَ في الفلوس من جهةٍ أخرى، وهيَ أنَ الفلوسَ لمّا كانت من الأثمان، فإنّها لاتتعيّن، فإن بيعت بغير التّعيين، فإنّها أمثالٌ متساويةٌ قطعاً، فالزّيادةُ في أحد الجانبين زيادةٌ من غير عوض. وهو رباً. وتوضيحُه كما ذكره البابرتيّ رحمه الله تعالى أنّه إن باع زيدٌ فلساً واحداً من عمروٍ بفلسين، والفلوسُ غير متعيّنة، فيجوزُ لزيدٍ أن يقول لعمرو: لي عليك فلسان، ولك

(١) راجع نهاية المحتاج للرّملي ٣: ٤١٨ وتحفة المحتاج لابن حجر مع حاشيته للشرواني ٤: ٢٧٩
(٢) الأسطال آنيةَ الصُّفر، وقد يُقال: "أسطان" بإبدال اللام نوناً. وراجع تاج العروس للزبيدي، مادة "سطل"
(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٢٨ و ١٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

عليّ فلسٌ، فأنا أقاصُّ الفلسَ الّذي عليّ بالفلس الواحد الّذي عليك، فلا أعطيك فلساً، وبقيَ لي عليك فلسٌ آخر، فأعطِني ذلك الفلس. وبهذا يستحقّ زيدٌ فلساً من عمروٍ دونَ أن يُعطيَه أيَّ عوضٍ على ذلك، وهو ظاهرُ البطلان.[1]

هذا إذا كانت الفلوسُ غيرَ متعيّنة. أمّا إذا باع زيدٌ فلسَه المتعيّن بفلسين معيّنين من عمرو، ففيه خلافٌ في الأئمّة الحنفيّة. فقال أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: إنّ الفلوسَ بالتّعيين صارت كسائر العروض، فيجوز فيها التّفاضل. وتوضيحه أنّ الفلوسَ أصلُها نحاسٌ أو صُفْر، أو حديد. وكلُّ ذلك عروض يتعيّن بالتّعيين. ولكنّها أصبحت أثماناً باصطلاح النّاس، فكما يجوز الاصطلاحُ على ثمنيّتها، يجوزُ للعاقدين أن يصطلحا على إبطال ثمنيّتها وإعادةِ أصلها. قال صاحبُ الهداية في توجيه قول الشّيخين رحمهما الله تعالى:

"لهما أنّ الثّمنيّة في حقّهما تثبت باصطلاحهما، إذ لاولايةَ للغير عليهما، فتبطُل باصطلاحهما، وإذا بطلت الثّمنيّةُ تتعيّنُ بالتّعيين، ولايعودُ وزنيّاً لبقاء الاصطلاح على العدّ."

وخالفهما الإمامُ محمّد رحمه الله تعالى، فقال: لايجوز التّفاضلُ في الفلوس، "لأنّ الثّمنيّة تثبُت باصطلاح الكلّ، فلا تبطُل باصطلاحهما، وإذا بقيَت أثماناً، لاتتعيّن، فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما، وكبيع الدّرهم بالدّرهمين."[2]

---

(١) وهذا معنى قول البابرتي: "لأنه لوجاز أمسك البائع الفلس المعيّن وطلب الآخر، وهو فضل خال عن العوض." (العناية على هامش فتح القدير٦: ١٦٢)

(٢) الهداية مع فتح القدير٦: ١٦٢

www.besturdubooks.wordpress.com

ثمّ إنّ الأئمّة الحنفيّة، بالرّغم من اختلافهم المذكور في جواز التّفاضل فيها، كلُّهم متّفقون على أنّ بيعَ الفلوس بالفُلوس ليس صَرْفاً، ومن هذه الجهة، أفتى بعضهم بأنّه لايجب فيها التّقابضُ في المجلس، بل يُشترط أن يقع قبضُ أحد البدلين في المجلس، لئلاّ يلزمَ الافتراقُ عن دَينٍ بدين.[1]

(١) وهذا ما مشى عليه متن تنوير الأبصار والدّرّ المختار، وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى أنّه مُفاد قول الإمام محمّد في الأصل. (راجع ردّالمحتار، باب الرّبا، ١٥: ٢٥٣ إلى ٢٥٥ فقره ٢٤٤٠٢ والحقيقة أنّ عبارات الفقهاء الحنفيّة مختلفةٌ في بيان مذهب الشيخين في مسئلة التّقابض. كما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى أيضا، والّذي يظهرأنّ بيعَ الفلوس إن كان بالتّماثل، فلا تتعيّن الفلوس عندهما بالتعيين، كما سيأتي في المتن في عبارة الكاسانيّ رحمه الله تعالى، فيجوز بيع الفلس بفلس آخر بدون التّعيين أيضاً، وفي هذه الحالة اختلفت العبارات، فذكر في بعضها أنهما يشترطان قبض أحد البدلين في المجلس، لأنّ الفلوس إن لم تكن معيّنةً، فإنّها دين، فإن افترقا بدون قبض أحدهما، صار افتراقاً عن دين بدين. أمّا إذا قبض أحدُهما فلساً، فصارذلك الفلسُ عيناً بالقبض، فلم يكن الافتراق عن دين بدين. وإنّما صار افتراقاً عن عين بدين. وذكر في بعض العبارات أنّ الشيخين يشترطان التقابض في المجلس في هذه الحالة، لالأنّه صَرْف، بل لأنّ البدلين من جنس واحد، والجنس بانفراده يُحرّم النسيئة، كما سيأتي في عبارة الكاسانيّ رحمه الله تعالى. هذا كلّه إن بيعت الفلوس بالتّماثل، لأنّ عبارة تنوير الأبصار والكاسانيّ مفروضةٌ في هذه الصّورة.

أمّا إذا بيعت بالتّفاضل، فلا يجوز عندهما إلاّ بتعيين كلّ واحد منهما، وهذا التعيين معتبرٌ عندهم، وحينئذٍ فينبغي أن لايُشترط عندهما التّقابض ولا قبضُ أحد البدلين في المجلس، لأنّه لايستلزم عدمُ قبض أحدهما افتراقاً عن دين بدين، وإنما يكون افتراقاً عن عين بعين، ولكن لايجوز النّسيئة عندهم، لالكونه صَرْفاً، بل لكونه مبادلتها بجنسها، والجنس بانفراده يُحرّم النسيئة. والفرق بين النّسيئة وعدم التّقابض أنّ الأجل في النّسيئة شرطٌ في العقد. أمّا إذا تعيّن البدلان، ثمّ تأخر القبض بدون شرط، فإنّه لايُعدّ نسيئةً، كما في الحنطة المعيّنة بالحنطة المماثلة المعيّنة، فإنّه يجوز عند الحنفيّة بدون التّقابض إن لم يكن التّأخير شرطاً في العقد. هذا ما ظهر لي بعد سبر العبارات في هذا الموضوع والتعمق فيها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكن ذكر الكاساني رحمه الله تعالى أنّه يجب التّقابض في بيع الفلوس بعضها ببعض، لالكونه صرْفاً، بل لكونه بيعَ فلس بجنسه، والجنسُ بانفراده يُحرّم النّسيئة عند الحنفيّة كما مرّ. قال الكاسانيُ رحمه الله تعالى:

"وكذا إذا تبايعا فلساً بعينه بفلس بعينه، فالفلسان لايتعيّنان وإن عيّنا، إلاّ أنّ القبضَ في المجلس شرطٌ، حتّى يبطل بترك التّقابض في المجلس، لكونه افتراقاً عن دين بدين. ولو قُبض أحدُ البدلين في المجلس، فافترقا قبل قبض الآخر، ذكر الكرخيُ أنّه لايبطُل العقد، لأنّ اشتراطَ القبض من الجانبين من خصائص الصّرْف، وهذا ليس بصرْف، فيُكتفى فيه بالقبض من أحد الجانبين، لأنّ به يخرُج عن كونه افتراقاً عن دين بدين. وذكر في بعض شروح مختصر الطّحاويّ أنّه يبطُل. لالكونه صرْفاً، بل لتمكّن ربا النّساء فيه لوجود أحد وصفي علّة ربا الفضل، وهو الجنس، وهو الصّحيح."[1]

أمّا إذا بيعت الفلوسُ بالدّراهم، فيكفي قبضُ أحد البدلين في المجلس. لأنّه بيعٌ بخلاف الجنس، وبه صرّح الكاسانيُ رحمه الله تعالى في بيع الدّرهم أو الدّينار بالفلوس، فقال: "ولو لم يوجد القبضُ إلاّ من أحد الجانبين، دون الآخر، فافترقا، مضى العقدُ على الصّحّة، لأنّ المقبوضَ صار عيناً بالقبض، فكان افتراقاً عن عين بدين."[2]

فالحاصلُ أنّه إن بيعت الفلوس بجنسها يشترط التّقابض، لالكونه صرْفاً، بل لوجود

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٨٧ و ٤٨٨

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

أحد علّتي الرّبا، وهو الجنس. أمّا إذا بيعت بخلاف جنسها، جاز بقبض أحد البدلين في المجلس، ولم يجزْ بدون ذلك.

٣٢١- السّلم في الفلوس

وعلى هذا يُخرّج حكمُ السّلم في الفلوس. فهو ممنوعٌ في مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى، وقدّمنا نصّ المدوّنة: " الفلوسُ بالفلوسِ بينهما فضلٌ فهو لا يصلح في عاجلٍ بآجلٍ ولا عاجلٍ بعاجلٍ، ولا يصلحُ بعضُ ذلك ببعض إلا هاء وهاء، قال اللّيث بن سعد عن يحيى بن سعيد وربيعة أنّهما كرها الفُلُوسَ بالفُلُوسِ وبينهما فضلٌ أو نَظِرَةٌ، وقالا: إنّها صارت سِكّةُ مثل سِكّةِ الدّنانير والدّراهم." وكذلك قال ابن عبد البرّ رحمه الله تعالى: "وكره مالك السّلم في الفلوس، وكذلك كره التفاضل فيها وبيع بعضها ببعض نسيئة، ولم يُجزها إلاّ يداً بيد. وأجاز ذلك كلّه غيره من العلماء بالحجاز والعراق."[(١)]

ومذهب الحنابلة أنّ السّلم في الفلوس إنّما يجوز إن كان رأسُ مال السّلم عَرضاً. فإن كان نقداً، لم يجز. قال البهوتيّ رحمه الله تعالى: "ويصحّ السّلم في فلوس، ولو نافقة، وزناً وعدداً على ما في الإقناع، ويكون رأسُ مالها عرضاً، لا نقداً، لأنّها مُلحقةٌ بالنّقد."[(٢)] وهذا مبنيٌّ على رواية الإمام أحمد الّتي تقول: إنّها يجري فيها الصّرف.

ويجوز السّلمُ في الفلوس عند الشّافعيّة إطلاقاً. قال الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى: "وإنّما

---

(١) الكافي لابن عبد البرّ، باب الصرف ص ٣٠٩

(٢) شرح منتهى الإرادات، باب السّلم ٢: ٢١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

أجزت أن يُسلم في الفلوس بخلافه في الذّهب والفضّة، بأنّه لا زكاة فيه، وأنّه ليس بثمن للأشياء كما تكون الدّراهم والدّنانير أثماناً للأشياء المتلفة."(١)

وكذلك يجوز السّلمُ في الفلوس عدداً عند الحنفيّة. والصّحيحُ أنّه يجوز في قول الشّيخين والإمام محمّد رحمهم الله تعالى جميعاً، ولا خلاف فيه للإمام محمّد، وحكى بعضُهم عنه عدمَ الجواز قياساً على قوله في عدم جواز بيع الفلس بالفلسين، فإنّه اعتبرها ثمناً، ولم يُبطل ثمنيّتها باصطلاح العاقدين كما تقدّم. ولكنّ ظاهرَ الرّواية عنه جوازُ السّلم فيه، فإنّه صرّح به في الجامع الصّغير. وذكرابنُ الهمام عن الفقيه أبي اللّيث رحمهما الله تعالى وجه الفرق عنده بين البيع والسّلم بأنّ من ضرورة السّلم كونَ المسلَم فيه مثمناً، فإذا أقدما على السّلم، فقد تضمّن إبطالَهما اصطلاحَهما على الثّمنيّة، ويصحّ السّلمُ فيها على الوجه الّذي يتعاملُ فيها به، وهو العدّ، بخلاف البيع، فإنّه يجوزُ ورودُه على الثّمن، فلا موجبَ لخروجها فيه عن الثّمنيّة، فلا يجوزُ التّفاضل، فامتنع بيعُ الفلس بالفلسين.

ولعلّ الأوجه في الفرق عند الإمام محمّد رحمه الله تعالى أنّه لم يُحرّم الفلسَ بالفلسين أو النّسيئة فيها لكونهما من الأموال الرّبويّة، لأنّ علّة تحريم الرّبا عنده ليست الثّمنيّة، وإنّما حرّم التّفاضلَ في مبادلة الفلوس بعضها ببعض لأنّ ذلك يستلزم الفضلَ الخالي عن العوض لكونها أمثالاً متساويةً قطعاً، كما شرحناه في تلك المسئلة، وحرّم النّسيئة فيها لأنّ الجنسَ بانفراده يُحرّم النّسيئة عند الحنفيّة. أمّا إذا أُسلمت الدّراهمُ في الفلوس، فلا يظهر فيه أحدٌ من المحظورين، لأنّ الفلوس عدديّةٌ يفوتُها القدر، والدّراهم وزنيّةٌ، فلا يظهر فيها الفضل الخالي عن العوض،

---

(١) كتاب الأمّ، باب في الآجال في السّلف والبيع ٤: ٩٥

وهي مختلفةُ الجنس مع الدّراهم، وإنّما تحرُم النّسيئةُ في متّفق الجنس إن لم يكن أحدُ العوضين من الأموال الرّبويّة. فلمّا انتفى المحظوران، جاز التّفاضل والنّسيئةُ جميعاً. وجاز السّلمُ أيضاً.

وهذا إذا كان رأسُ المال في السّلم نقودَ الدّراهم أو الدّنانير. أمّا إذا أسلم فلوساً في فلوس، فلا يجوزُ كما أسلفنا من أنّ الجنس بانفراده يُحرّم النّسأ عند الحنفيّة. ولم أرَ صراحةً حكمَ ما إذا كانت الفلوسُ من أجناسٍ مختلفة، مثلَ أن يكون بعضُ الفلوس من النّحاس، وأخرى من الحديد. فهل يجوز أن يُسلم فلوسَ النُّحاس في فلوس الحديد؟ الظّاهر الجواز، لأنّ سببَ حُرمة النّسأ ليس كون المبادلة صرْفاً، بل كونُ العوضين من جنسٍ واحد. فلو تغيّر الجنسُ، ولم يوجد القدر، جاز فيها التّفاضلُ والنّسيئة جميعاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٢٢- النّقود الورقيّة

هذا الاختلافُ بين الفقهاء في الفلوس والنّقود كان في عهدٍ يسودُ فيه الذّهب والفضّة كعيارٍ للأثمان. وتُتداول فيه النّقودُ الذّهبيّة والفضّيّة في معظم المعاملات التّجاريّة، ولم تكن الفلوسُ تُستعمل إلاّ في مبادلاتٍ بسيطة. وأمّا الآن، فقد فُقِدت النّقود الذّهبيّة والفضيّة، ولايوجد منها شيئٌ في العالم كلّه، واحتلّت النّقودُ الورقيّة مكانَها في معظم المبادلات. واختلفت وجهات نظر العلماء المعاصرين في تكييف هذه الأوراق.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٢٣- هل هذه الأوراق سندات لدين؟

قد ذكرتُ في رسالتي "أحكام الأوراق النقديّة" تاريخَ رواج هذه الأوراق، ويتلخّصُ منه أنَّ هذه الأوراقَ صدرت في مبدأ الأمر توثيقاً لدينِ حاملها في ذمّة مُصدرها، وكانت تُصدرها البنوك لاعتراف أنَّ عليها ديناً تجاه حاملها، ويحقُّ له أن يُطالبَ منه المبلغَ المكتوبَ على الورق متى شاء. ثمّ إنَّ حمَلة هذه الأوراق أصبحوا يشترون بها الأشياء، بأنّهم يُحيلون البائعَ الّذي اشتروا منه هذه الأشياء على مُصدر هذه الأوراق، ويحقُّ لذلك البائع أن يحتالَ محلَّ المشتري في مطالبة ذلك المبلغ من البنك. وهكذا أصبحت هذه الأوراقُ تُستخدم في البيوع بدلاً من النّقود المعدنيّة.

فمن العُلماء من اعتبر هذه الجهة، فقال: إنَّ هذه الأوراقَ ليست مالاً، وإنّما هي سنداتُ دين.[1] ويتفرّع على ذلك أنّها لاتتأدّى بها الزّكاةُ حتّى يصرفَها الفقيرُ بشراء شيئٍ بها، ولايجوز شراءُ الذّهب والفضّة بها، لأنَّ القبضَ على الأوراق ليس قبضاً للمبلغ المكتوبِ عليها، وإنّما هو حوالةُ دينٍ، فقُقد التّقابضُ الّذي لايصحّ الصّرف بدونه.[2]

---

(١) هذا ما نقله السّاعاتيّ رحمه الله تعالى عن العلاّمة السيّد أحمد بك الحسيني رحمه الله تعالى في كتابه: بهجة المشتاق في بيان حكم زكاة الأوراق" (بلوغ الأماني. شرح الفتح الرّبّاني، تبويب مسند أحمد، آخر باب زكاة الذّهب والفضّة ٨: ٢٥١)

(٢) إمداد الفتاوى للشيخ التهانويّ رحمه الله تعالى ٢: ٥ و٣: ٧٩ سؤال ٩٨ ولكنّ هذه الفتوى أصدرت في زمنٍ كانت الرّبيّة الهنديّة مسكوكةً بالفضّة، وكانت ورقة الرّبيّة سنداً لتلك الرّبية الفضية. ولكن بعدما صارت الربية تُصنع من معدن آخر غير الفضّة، مثل الحديد أوالنّحاس، لم تبق الربية سنداً للفضة، وإنما صارت سنداً لعملة حديدية أو نحاسيّة، فخرجت من كونها صرْفاً عند أصحاب هذا القول أيضاً، فيجوز شراء الذّهب أوالفضّة بها، فإن اعتبر عددياً جازت النّسيئة =

ومن مقتضى هذا التكييف أن لايجوزَ مبادلةُ هذه الأوراق بعضِها ببعض، لكونه بيعَ دينٍ بدين، إلاّ بطريق الحوالة.(١)

وقال آخرون: إنّ هذه الأوراقَ وإن كانت سنداتِ دين، ولكنّها أصبحت أثماناً اصطلاحيّةً بحكم العُرف والقانون، فتأخذ حكمَ الأثمان، فتتأدّى بها الزكاة، فإن كانت مغطّاةً بالذّهب أو الفضّة، فإنها تأخذُ حكمَ الذّهب والفضّة، وإن كانت مغطّاةً بالفلوس، تأخذ حكمَ الفلوس.(٢)

والظّاهرُ أنّ كِلا القولين مُصيبٌ بالنّظر إلى أزمنةٍ مختلفة، فلا شكّ أنّ هذه الأوراقَ كانت

= أيضاً، لفقدان القدر والجنس. وإن اعتبر وزنيّاً، جاز التفاضل لفقدان الجنس، وحرمت النّسيئة لوجود القدر. والصحيح أنها عدديّة، كما أنّ الفلوس اعتبرت عدديّة، وإن كان أصلها، وهو الحديد والنحاس، وزنيّا.

(١) فتاوى رشيديه للعلاّمة الشيخ الكنكوهيّ رحمه الله تعالى ص ٤٩٠ ومن مقتضى تخريجه على أساس الحوالة أنّه إن تويت الحوالة بأن منعت الحكومة التعامل بها، جاز للدائن أن يرجع على المدين الّذي أعطاه ذلك الورق سداداً لدينه، وذلك على أساس قول الحنفيّة في أنّه لاتوى في الحوالة. ومثل هذا الرجوع فيه حرجٌ لايخفى. لأنّه يستلزم أن لاتفرغ ذمّة أحد نهائيّاً. وإن حصل التّوى في إحدى المعاملات، رجع كلٌّ ممن تبادل الأوراق على الآخر.

(٢) هذا ما ذهب إليه العلاّمة الشيخ فتح محمّد اللكنويّ رحمه الله تعالى في كتابه القيّم "عطرهدايه" ص ٧٢ وأيّده ابنه الشيخ المفتي سعيد أحمد اللكنويّ رحمه الله تعالى بكلام مبسوط في رسالته: "افتقار النّاس إلى رفع الحوائج بسكّة القرطاس" المطبوع مع "عطرهدايه" ص٢١٧ إلى ٢٢٣ وذكر الشيخ فتح محمّد أنّ هذا القول هو الّذي اختاره الإمام عبدالحيّ اللكنويّ رحمه الله تعالى. وقد ثبت في فتاواه مايؤيّد ذلك، فإنّه اعتبر الأوراق النّقديّة ثمناً وأجرى عليها أحكام الثمن الخلقيّ من الذّهب والفضّة (مجموعة فتاوى عبد الحي اللكنويّ ٢: ١٣٦ و١٣٧) وإنّما أجرى عليها أحكام الثمن الخلقيّ لأنّ الأوراق النّقديّة في زمنه كانت مغطّاةً بالذّهب والفضّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

سندات دين في مبدأ الأمر، ولم تأخذ صفة الأثمان قانوناً. وحينئذ كان القولُ الأولُ هو المتعين. أمّا بعد ما اكتسبت هذه الأوراقُ صفةً قانونيّةً بحيثُ يُجبرُ النّاسُ على قبولها في اقتضاء حقوقهم الماليّة، فالقولُ الثّاني هو الرّاجح، وقد بيّنتُ دلائله بتفصيل في رسالتي "أحكام الأوراق النّقديّة".

وقد يُشكل على ذلك أنّ هذه الأوراقَ تشتمل على وعدٍ من مُصدرها بأنّه سوف يُعطي حاملها عند طلبه مبلغاً معلوماً، ممّا يدلّ على أنّ هذا الورقَ ليس مبلغاً في نفسه، وإنّما هو وعدٌ بأداء المبلغ المكتوب. والجوابُ عن ذلك أولاً: أنّ عبارة الوعد قد حُذفت من العُملات الورقيّة في كثيرٍ من البلاد، مثل دولارات الولايات المتّحدة، والدّولارات الأستراليّة، واليورو الّتي هي عُملةُ معظم البلاد الأوروبية، والرّيالات السعوديّة. فليس هناك وعدٌ مكتوبٌ على هذه النّقود الورقيّة، وإنّما العبارةُ المكتوبة على الدّولار هي مايلي:

"This note is legal tender for all debts, public and private"

"هذا الورق عُملةٌ قانونيّةٌ لأداء جميع الدّيون، شخصيّةً كانت أو حكوميّة"

وكذلك الفقرةُ المكتوبة على دراهم الإمارات العربيّة المتّحدة هي:

"ورقةٌ نقديّةٌ مضمونةُ القيمة بموجب القانون"

وعبارة الرّيال السّعودي:

"طُبعت في عهد خادم الحرمين الشّريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز آل سعود بموجب المرسوم الملكيّ رقم كذا"

www.besturdubooks.wordpress.com

والنقود الورقيّة الصادرة في كثير من البلاد الآن ليس فيها عبارة تدلّ على أنّها سندات دين. فلا إشكال فيها من هذه الجهة، فإنّها أثمانٌ اصطلاحيّةٌ مائةً في مائة. وأمّا البلاد الّتي لاتزال تكتب مثل هذا الوعد على الأوراق، مثل الجنيه الاسترليني، والربيّات الباكستانيّة والهنديّة، فإنّ هذا الوعد المكتوب لايُعبّر اليوم إلاّ عن ضمان البنك المركزيّ لحامله بالحفاظ على قيمة الورق الاسميّة (Face Value)، فإنّه لو ذهب أحدٌ بهذا الورق إلى البنك المركزيّ، فإنّه لايُعطيه ذهباً ولا فضّةً ولانحاساً، وإنّما يُعطيه عُملةً رمزيّةً، وفي معظم الأحيان ورقاً نقديّاً آخر. وبالتالي، فلو فُرض أنّ هذا الورق سندٌ لدين حتّى الآن، فلا مانع للحكومة من أن تجعل هذا السند الورقيّ ثمناً اصطلاحيّاً، فإنّ للحكومة السُّلطة المطلقة في أن يجعل أيّ شيئ ثمناً اصطلاحيّاً، سواءٌ كان نحاساً، أو حديداً، أو جلداً، أو كاغذاً. والمعهودُ من الشّريعة السّمحة في مثله السّعةُ والسّهولةُ والعملُ بالعُرف العامّ المتفاهم بين النّاس، دون التّدقيق في أبحاث قد أصبحت اليومَ فلسفةً نظريّةً ليس لها في الحياة العمليّة أثر، ولايُسمع لها خبر.

وبعد اتّفاق معظم المعاصرين اليومَ على أنّها أثمانٌ حكماً، اختلفت أقوالهم على هذا الأصل. فهناك ثلاثة مواقف نذكرها فيما يلي:

٣٢٤- الموقف الأوّل

الموقف الأوّل أنّها ليست أثماناً خلقيّةً مثل الذّهب والفضّة، بل ثبتت ثمنيّتُها بالاصطلاح، فإنّها أثمانٌ اصطلاحيّةٌ مثلُ الفلوس. وقد سبق في أحكام الفلوس أنّه يجوز فيها التّفاضلُ عند الشّافعيّة وفي الرّاجح من مذهب الحنابلة، وفي قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إذا كانا متعيّنين. فأفتى بعضُ النّاس بناءً على

www.besturdubooks.wordpress.com

هذه الأقوال بجواز التّفاضل والنّسيئة في الأوراق النّقديّة، وأنّه لاربا في مبادلة بعضها ببعض. وهذه فتوى خطيرةٌ صدرت منهم لأنّها فتحت بابَ الرِّبا بمصراعيه، وأجازت أن تُباع الأوراقُ النّقديّة بالتّفاضل بالغاً مّا بلغ وبالنّسيئة أيضاً.[١] ومعنى ذلك أنّه لايمكن أن يتصوّر الرّبا اليوم، فإنّ كلَّ من يُريد أن يقرض أوراقاً نقديّةً بالرّبا، استعمل كلمةَ "البيع" بدل "القرض"، وباع تلك الأوراقَ بزيادةٍ ونسيئة، وهذا إهدارٌ لأحكام القرآن والسنّة وتشديداتهما في موضوع الرّبا. ولذلك ردّ على هذا القول فطاحلُ العلماء في الدّيار الهنديّة، منهم الإمام عبدالحيّ اللكنويّ رحمه الله تعالى في فتاواه.[٢]

٣٢٥- الموقف الثّاني

ونظراً إلى خُطورة مثل هذه الفتاوى ذهبت جماعةٌ كبيرةٌ من العُلماء المعاصرين إلى أنّ هذه الأوراقَ بعد رواجها كأثمان، وبعد فُقدان الأثمان المسكوكة من الذّهب والفضّة، حلّت محلّ الذّهب والفضّة في سائر الأحكام، فتجبُ فيها الزّكوةُ وتتأدّى بها، و يجوز أن تكون رأسَ مالٍ في السّلم، ويجرى فيها الرّبا، ويُشترط لها أحكامُ الصّرف، فيجب فيها التّقابضُ في المجلس، وما إليها من أحكام. ومعنى ذلك أنّ

---

(١) هذا الموقف اختاره بعض العلماء في الدّيار العربيّة، ولكن رُدّ عليه من قبل جمهور العلماء. (راجع بحث فضيلة الشيخ عبد اللطيف الفرفور في مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد الثّالث ٣: ١٧٤٥. وممّن أصدر هذه الفتوى الخطيرة في الدّيار الهنديّة الشيخ أحمد رضا خان البريلويّ رحمه الله تعالى في رسالته: "كفل الفقيه الفاهم في أحكام قرطاس الدّراهم" ص ٦٢

(٢) مجموعة فتاوى عبدالحيّ ٢: ١٣٦ وليُتنبه أنّ الإمام عبد الحيّ اللكنويّ رحمه الله تعالى ذكر في الفتوى نفسها أنّ الأوراق النّقديّة في حكم الذّهب والفضّة في جريان الصّرف أيضاً، وليست في حكم الفلوس، وذلك لأنّ الأوراق النّقديّة في عهده كانت مغطّاةً بالذّهب أو الفضّة، فلا ينطبق قوله على العملة الورقيّة اليوم إذ ليست مغطّاة بالذّهب أو الفضّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

النقود الورقية جنسٌ مستقلٌ عن الذهب والفضة، ولكنها في حكمها من حيثُ إنها ثمنٌ حقيقيةٌ مثلُ الذهب والفضة، فإذا بيعت بجنسها، وجب التماثلُ في القيمة، ووجب التقابضُ في المجلس. أمّا إذا بيعت بغير جنسها، مثل مبادلتها بالذهب والفضة، جاز التفاضل، ولكن يجب التقابضُ في المجلس.

وإنّ هذا الموقف تجاه الأوراق النقدية مشروحٌ بتفصيلٍ في قرار للمجمع الفقهيّ الإسلاميّ التابع لرابطة العالم الإسلاميّ بمكة المكرمة. فننقل نصَّ هذا القرار فيمايلي:

"إنّ مجلس المجمع الفقهيّ الإسلاميّ قد اطّلع على البحث المقدّم إليه في موضوع العُملة الورقيّة وأحكامها من الناحية الشرعية، وبعد المناقشة والمداولة بين أعضائه، قرّر ما يلي:

أولاً: أنّه بناءً على أنّ الأصل في النقد هو الذهب والفضة. وبناءً على أنّ علّة جريان الرّبا فيهما هي مطلق الثمنية في أصحّ الأقوال عند فقهاء الشريعة.

وبما أنّ الثمنيّة لا تقتصرُ عند الفقهاء على الذهب والفضة، وإن كان معدنُهما هو الأصل.

وبما أن العُملة الورقيّة قد أصبحت ثمنًا، وقامت مقامَ الذهب والفضة في التعامل بها، وبها تُقوّم الأشياء في هذا العصر؛ لاختفاء التعامل بالذهب والفضة، وتطمئنّ النفوس بتمولها وادّخارها، ويحصلُ الوفاء والإبراء العام بها، رغمَ أنّ قيمتها ليست في ذاتها، وإنّما في أمرٍ خارجٍ عنها، وهو حصولُ الثقة بها، كوسيطٍ في التداول والتبادل، وذلك هو سرُّ مناطها بالثمنية.

www.besturdubooks.wordpress.com

وحيثُ إنَّ التَّحقيقَ في علَّة جريان الرِّبا في الذَّهب والفضَّة هو مطلقُ الثَّمنيَّة، وهي متحقِّقةٌ في العُملة الورقيَّة ، لذلك كلِّه فإنَّ مجلسَ المجمع الفقهيِّ الإسلاميِّ يُقرِّر أنَّ العُملةَ الورقيَّةَ نقدٌ قائمٌ بذاته، له حكمُ النَّقدين من الذَّهب والفضَّة، فتجبُ الزَّكاة فيها، ويجري الرِّبا عليها بنوعيه، فضلاً ونسيئًا، كما يجري ذلك في النَّقدين من الذَّهب والفضَّة تمامًا؛ باعتبار الثَّمنيَّة في العُملة الورقيَّة قياساً عليهما. وبذلك تأخذ العُملةُ الورقيَّة أحكامَ النُّقود في كلِّ الالتزامات الَّتي تفرضها الشَّريعة فيها.

ثانياً : يُعتبر الورق النَّقدي نقدًا قائمًا بذاته، كقيام النَّقديَّة في الذَّهب والفضَّة وغيرهما من الأثمان، كما يُعتبر الورق النَّقديّ أجناسًا مختلفة، تتعدَّد بتعدُّد جهات الإصدار في البلدان المختلفة، بمعنى أنَّ الورقَ النَّقديَّ السعوديَّ جنس، وأنَّ الورقَ النَّقديَّ الأمريكيَّ جنس، وهكذا كلُّ عُملة ورقيَّة جنسٌ مستقلٌّ بذاته، وبذلك يجري فيها الرِّبا بنوعيه فضلاً ونسيئًا، كما يجري الرِّبا بنوعيه في النَّقدين الذَّهب والفضَّة، وفي غيرها من الأثمان.

وهذا كلّه يقتضي ما يلي :

(أ) لا يجوز بيعُ الورق النَّقديِّ بعضِه ببعض، أو بغيره من الأجناس النَّقديَّة الأخرى، من ذهب أو فضَّةٍ أو غيرهما، نسيئةً مطلقًا، فلا يجوزُ مثلاً بيع ريال سعودي بعملةٍ أخرى متفاضلاً نسيئةً بدون تقابض.

(ب) لا يجوز بيعُ الجنس الواحد من العُملة الورقيَّة بعضِه ببعض متفاضلاً، سواءٌ كان ذلك نسيئةً، أو يدًا بيد، فلا يجوزُ مثلاً بيعُ عشرة ريالات سعودية

www.besturdubooks.wordpress.com

ورقًا، بأحد عشر ريالاً سعوديًا ورقًا، نسيئةً أو يدًا بيد.

(جـ) يجوز بيعُ بعضه ببعض من غير جنسه مطلقًا، إذا كان ذلك يدًا بيد، فيجوز بيعُ اللّيرة السّوريّة أو اللّبنانيّة بريالٍ سعودي، ورقًا كان أو فضّة، أو أقلّ من ذلك أو أكثر، وبيعُ الدّولار الأمريكيّ بثلاث ريالات سعودية، أو أقلّ من ذلك أو أكثر، إذا كان ذلك يدًا بيد، ومثلُ ذلك في الجواز بيعُ الرّيال السعوديّ الفضّة بثلاث ريالات سعوديّة ورق، أو أقلّ من ذلك أو أكثر، يدًا بيد؛ لأن ذلك يعتبرُ بيعُ جنس بغير جنسه، ولا أثرَ لمجرد الاشتراك في الاسم مع الاختلاف في الحقيقة.

ثالثًا: وجوبُ زكاة الأوراق النّقديّة إذا بلغت قيمتُها أدنى النّصابين من ذهب أو فضة، أو كانت تُكمِل النّصابَ مع غيرها من الأثمان والعروض المعدّة للتّجارة.

رابعًا: جوازُ جعل الأوراق النّقدية رأسَ مالٍ في بيع السّلم والشّركات. والله أعلم، وبالله التّوفيق، وصلّى الله على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم.[1]

---

(١) قرارات المجمع الفقهيّ الإسلاميّ، للدّورة الخامسة، القرار السّادس ص ١٠٠ إلى ١٠٢ وإنّ هذا القرار قد صدر باتفاق أعضاء المجمع، وكان ممّن وقّع عليه أصحاب الفضيلة الشّيوخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ومصطفى أحمد الزّرقاء، وعبدالله بن حميد، ومحمّد بن عبدالله السّبيل، وحسنين محمّد مخلوف، ومحمّد سالم عدّود، وصالح العثيمين، ومحمّد الشّاذلي النّيفر، ومحمّد محمود الصّوّاف، وأبو الحسن عليّ النّدويّ وغيرهم.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٢٦- الموقف الثالث

وهناك موقفٌ ثالثٌ تجاهَ النّقود الورقيّة، مبنيٌّ على قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى من الحنفيّة. وحاصلُه أنّها أثمانٌ عُرفيّة أو اصطلاحيّةٌ، مثل الفلوس النّافقة.[١] وعملةُ كلِّ بلدٍ جنسٌ مستقلٌ. فتجبُ فيها الزّكاةُ، وتتأدّى بها، ويجوز أن تكونَ رأسَ مالٍ في السّلم، ويجرى فيها الرّبا، فإن بيعت بجنسها، وجب فيها التّماثلُ بالقيمة، ووجب التّقابضُ في المجلس، لا لأنّه صَرْفٌ، بل لأنّ الجنسَ بانفراده يُحرِّمُ النّسيئة على قول الحنفيّة، كما سبق في حُكم الفلوس، ولكن لايجرى عليها أحكامُ الصَّرف، بمعنى أنّه لايجبُ فيها التّقابضُ في المجلس. ويجوز فيها النّسيئة إن وقعت المبادلةُ بغير جنسها، مثل أن تُباعَ الدُّولاراتُ الأمريكيّةُ بالرّبيّات الباكستانيّة، بشرطٍ أن تكون المبادلةُ بسعرِ يومِ المبادلة، حتّى لاتكونَ ذريعةً للرّبا.

وحجّةُ هذا القول أنّ هناك فرقاً كبيراً بين الذّهب والفضّة وبين النّقود الورقيّة، من حيثُ إنّ الذّهب والفضّة تُعتبر أثماناً منذُ أوّلِ نشأتها حتّى الآن، ولذلك قيل: إنّها أثمانٌ خلقيّة، وإنّ صفةَ الثّمنيّة فيها لاتبطُل بالعُرف والاصطلاح. أمّا النّقود الورقيّة، فإنّها صارت أثماناً بالاصطلاح، وثمنيّتُها ليست دائمةً، فيمكن في أيِّ حينٍ أن تبطُل ثمنيّتُها بمحض إصدارِحُكمٍ من الحكومة أنّها لم تعُد عُملةً قانونيّة.

ومن هذه الجهة، فإنّها أشبهُ بالفلوس منها بالدّراهم الفضّيّة أوالدّنانير الذّهبيّة. ولكن لوأجرينا عليها أحكامَ الفلوس على مذهب الشّافعيّة والحنابلة أوعلى مذهب أبي

---

(١) وكونها في حكم الفلوس النافقة رأي للعلامة الشيخ أحمد الزرقاء والد الشيخ مصطفى الزرقاء، رحمهما الله تعالى أيضا، وذلك في شرح القواعد الفقهية ص ١٢١ كما سيأتي.

www.besturdubooks.wordpress.com

حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى، لانفتح بابُ الرّبا بمصراعيه، فإنّ الفلوس في زمنهم كانت تُستعمل في معاملاتٍ بسيطة. أمّا النّقودُ الورقيّة اليوم، فأصبحت هي العُملةَ الوحيدةَ الرّائجةَ في معظم المعاملات. فالحلُّ الوحيدُ إذن في قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى الّذي لايُجوّز التّفاضلَ في بيع الفُلوس بعضِها ببعض.

والّذي يغلبُ على الظّنّ أنّ هؤلاء الفقهاء لو كانوا أحياءً في هذا الزّمان، وشاهدوا من تغيّر أحوال النّقود ما نشاهده، لأفْتَوا بحرمة التفاضل في الأثمان الاصطلاحيّة، وقد رأينا ذلك فعلاً من بعض الفقهاء المتقدّمين، إذ حرّم مشايخُ ما وراء النّهر التّفاضلَ في العداليّ والغطارفة، وهي النّقودُ الّتي كان يغلبُ عليها الغِشّ، ولم تكن فيها فضّةٌ إلاّ بنسبةٍ مغلوبة، وكان أصلُ مذهب الحنفيّة في مثل هذه النّقود جوازَ التّفاضل، صرْفاً للجنس إلى خلاف الجنس، ولكنّ مشايخَ ما وراء النّهر أفتوا بحرمة التّفاضل فيها، وعلّلوا ذلك بقولهم: "إنّها أعزُّ الأموال في ديارنا، فلو أُبيحَ التّفاضلُ فيه ينفتح بابُ الرّبا." وقال ابن الهُمام تحته: "فإنّ النّاس حينئذٍ يعتادون التّفاضل في الأموال النّفيسة، فيتدرّجون إلى ذلك في النّقود الخالصة، فمُنِع ذلك حسماً لمادّة الفساد."[1]

وصدرت هذه الفتوى في زمنٍ راجت فيه العداليّ والغطارفة في تعاملاتٍ كثيرة، ولكن كانت الدّراهم الفضّيّة والدّنانير الذّهبيّة رائجةً معها. أمّا الآن، فقد فُقِدت النّقودُ الفضّيّة والذّهبيّة بتاتاً، فلأن يصدُر مثلُ هذه الفتوى في الأثمان الاصطلاحيّة أولى.

ثمّ إنّ قول الإمام محمّدٍ رحمه الله تعالى يبدو راجحاً من حيثُ الدّليلُ أيضاً، إذا قُورِن بمذهب شيخيه الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، لأنّ

(١) راجع الهداية مع فتح القدير، باب الصرف ٦: ٢٧٥ وردالمحتار ١٥: ٥٤٧ فقره ٢٥١٩٢

www.besturdubooks.wordpress.com

إبطالَ ثمنيّة الفلوس لا يُتصوّر له مقصودٌ صحيحٌ، فقلّما يوجد من يطمَع في خُصوص مادّة الفلوس من حيث كونُها قطعاتِ صُفر أو حديد، وإنّما يُرغَب فيها من حيث ثمنيّتُها، فلو تصالحا على إبطال ثمنيّتها، لا يكون ذلك إلاّ حيلةً مصطنَعَةً لتحليل التّفاضل، ولا سيّما في زماننا، حيث لا يُتصوَّر الرّبا إلّا في النّقود الرّمزيّة، لنَفاد النّقود الخِلْقِية، وفُقدانها من العالم كلّه.

نعم! يمكن أن يُتصوَّر قولُ الشّيخين في الفلوس الّتي يُقصد اقتناؤُها من حيث موادُّها وصنعتُها، ولا يُقصد التّبادلُ بها، كما هو معتادٌ عند بعض النّاس في عصرنا من اقتناء عُملاتِ شتّى البلاد، وشتّى الأنواع، لتكون ذكرى تاريخيّة، ففي مثل هذه الفلوس يمكن أن يُتصوَّر ما قاله الشّيخان رحمهما الله تعالى، ويبدو أنّ في التّفاضل في مثل هذه الفلوس سعةً على قولهما. وأمّا الفلوسُ الّتي يُقصد بها التّبادلُ، دون خصوص المادّة، فلا ينبغي المساهلةُ في أمرها، فإنّها من أقوى الذّرائع إلى الرّبا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فالصحيحُ الرّاجحُ في زماننا أنّ مبادلةَ الأوراق النّقديّة الصّادرة من دولةٍ واحدةٍ إنّما تجوز بشرط تماثُلِها، ولا يجوز التّفاضلُ فيها.

ثمّ التّماثلُ ههنا لا يكون بعدد الأوراق، بل بالعدد الاعتباريّ للأوراق الّذي تمثّله قيمةُ الأوراق الاسميّة، فيجوز بيعُ ورَقٍ واحدٍ قيمتُه الاسميّة خمسون رُبيّة، بخمسة أوراق القيمةُ الاسميّةُ لكلّ واحدٍ منها عشرُ رُبيّات، لأنّ مجموع قيمة هذه الخمسة تُساوي خمسين رُبيّةً، وليس هذا اعتباراً للقيمة في التّماثل، بل المقصودُ هو التّماثل في العدد، لأنها أثمانٌ اعتباريّة، والثّمنُ الاعتباريّ حقيقةٌ تثبت بالعُرف والاعتبار، وإنّ

www.besturdubooks.wordpress.com

العُرفَ في هذه الأوراق جعل ورقَ العشرة مساوياً في العدد لعشرة أوراق، فالقيمةُ الاسميّة عبارةٌ عن هذا العدد الاعتباريِّ. فيجبُ التّساوى في ذلك العدد الاعتباريِّ، وهذا لايُنافي ما سيأتى أنّ الاعتبارَ فى الأموال الرّبويّة للتّماثل فى الوزن، أو الكيل، أو العدد، وليس لقيمتها، فإنّ المراد بالقيمة هناك القيمةُ السّوقيّة الّتى تتعرّض للتغيّر. أمّا القيمة الاسميّة المكتوبةُ على الأوراق، فإنها ثابتةٌ دائماً بنسبة لاتتغيّر فى العُملات المحلّيّة أبداً، وإنّما هى عبارةٌ عن العدد الاعتباريِّ لتلك العملة.

وهذا كما جعل الفقهاءُ الفلوسَ عدديّةً، مع أنّ أصلَها من معدنٍ موزونٍ. وما ذلك إلّا لأنّ المقصودَ منها ليس ذواتُها، وإنّما المقصودُ هو القيمةُ الاعتباريّةُ الّتى تمثّلها هذه الفلوسُ، فلو كانت قطعةٌ منها تساوي عشرةَ فلوسٍ، فإنّه يباحُ بيعُها بعشرِ قطعاتٍ قيمةُ كلٍّ منها الاسميّة فلسٌ واحدٌ، حتّى عند من يُحرّم بيعَ الفلس بالفلسين، لأنّها متساويةٌ فى العدد الاعتباريِّ، أو لأنّ قطعةَ العشرة، وإن كانت واحدةً فى العدد، ولكنّها عشرُ قِطَعٍ حكماً، فتُساوي عشرَ قطعاتٍ، فكذلك الأوراقُ النّقديّةُ، لا يُعتبر فيها عددُها الظّاهرُ، بل عددُها الحكميُّ الّذي يظهرُ من قيمتها الاسميّة. والله سبحانه أعلم.

٣٢٧- مبادلة عُملات الدّول المختلفة

ثمّ الّذي يظهر أنّ عُملةَ الدّولة الواحدة الرمزيّةَ كلُّها جنسٌ واحدٌ، وعُملاتِ الدُّوَل المختلفة أجناسٌ مختلفةٌ، كما قرّره المجمع الفقهيّ لرابطة العالم الإسلاميّ، وقد سبق نصُّه. وذلك لأنّ العُملةَ اليومَ لا يُقصد بها مادّتُها، وإنّما هي عبارةٌ عن عيارٍ مخصوص لقوّة الشّراء، وإنّ ذلك العيارَ يختلف باختلاف البلاد، كالرّبيّة فى باكستان، والرّيال في المملكة العربيّة السعوديّة، والدّولار فى الولايات المتّحدة

www.besturdubooks.wordpress.com

الأمريكيّة، وما إلى ذلك، وإنّ عيارَ كلِّ دولةٍ يُبنى على أحوالها الاقتصاديّة، وقدْرِ إيرادها وإصدارها، وليس هناك شيءٌ ماديٌّ تُنْبِئُ عن نسبةٍ ثابتةٍ بين هذه العيارات. وإنّما تختلف تلك النّسبةُ كلَّ يوم، بل كلَّ ساعةٍ، بناءً على تغيّر الظّروف الاقتصاديّة في شتّى البلاد، ولذلك لا يوجد بين عُملات البلاد المختلفة علاقةٌ ثابتةٌ تجعلُ هذه العُملاتِ جنساً واحداً، بخلافِ عُملة الدّولة الواحدة، فإنّ أنواعها المختلفةَ مرتبطةٌ بينها بنسبةٍ ثابتةٍ لا تتغيّر، كالرّبيّة والبيسة في باكستان، والرّيال والهللة في السّعوديّة، بينهما نسبةُ الواحد والمئة. وإنّها نسبةٌ ثابتةٌ لا تتأثّر بتغيّر أسعار الرّبيّة، وأمّا الرّبيّة الباكستانيّة و الرّيال السّعودي، فليس بينهما نسبةٌ ثابتة، بل إنّها تتغيّر كلَّ حينٍ بتغيّر أسعار هذا أو ذاك.

فتبيّن أنّ عُملاتِ الدُّول المختلفة أجناسٌ مختلفة، ولذلك تختلف أسماؤُها، وموازينُها، ووحداتُها المتشعّبة منها.

ولمّا كانت عُملات الدّول أجناساً مختلفة، جاز بيعُها بالتّفاضل بالإجماع. أمّا عند الشّافعيّ رحمه الله، فلأنّه يجوز بيعَ الفلْس بالفلسين في عُملةٍ واحدة، ففي العُملات المختلفة أولى، وهو رأيٌ في مذهب الحنابلة كما قدّمنا. وأمّا عند مالك رحمه الله تعالى، فلأنّه يجعل هذه العُملات من الأموال الرّبويّة، فإذا اختلفت أجناسُها جاز التّفاضل. وأمّا عند أبي حنيفة وأصحابه، فلأنّ تحريمَ بيع الفلس بالفلسين مبنيٌّ عندهم على كون الفلوس أمثالاً متساويةً قطعاً، فيبقى عند التّفاضل فضْلٌ خالٍ عن العوض. ولكنّ عُملاتِ البلاد المختلفة لمّا كانت أجناساً مختلفةً، لم تكن أمثالاً متساويةً، فلا يُتصوّر الفضلُ الخالي عن العوض.

www.besturdubooks.wordpress.com

فيجوز إذن أن يُباعَ الرّيالُ السعوديّ مثلاً بعددٍ أكثر من الرّبيّات الباكستانيّة.

ثمّ إنّ أسعارَ هذه العُملات بالنّسبة إلى العُملات الأخرى ربّما تُعيّن من قبل الحكومات، فهل يجوز بيعُها بأقلّ أو أكثرَ من ذلك السّعر المحدّد؟ والجواب عندي أنّ البيعَ بخلاف هذا السّعر الرّسميّ لا يُعتبرُ ربًا، لما قدّمنا من أنّها أجناسٌ مختلفة، ولا خلافَ في جواز التّفاضل عند اختلاف الجنسين، وليس للفضل الجائز حدٌّ مقرّرٌ شرعًا، وإنّما هو يتبعُ رضاءَ العاقدين. فإن كان قانونُ البلد يسمحُ بتعيين سعر المبادلة برضا الطّرفين رغم أنّ السّعر الحكوميّ متعيّن، فلا إشكالَ في مخالفة السّعر الحكوميّ برضا الطّرفين، ولا يدخل ذلك في الربا.

أمّا إذا ألزم القانونُ النّاس بسعرٍ مخصوص للتّبادل بين العملات المختلفة، فإنّه تجري عليه أحكامُ التّسعير، فمَنْ جوّز التّسعير في العروض، جاز عنده هذا التّسعير أيضاً، ولا ينبغي مُخالفةُ هذا السّعر، إمّا لأنّ طاعة الإمام فيما ليس بمعصية واجب[1]، وإمّا لأنّ كلّ من يسكُن دولةً، فإنّه يلتزم قولاً أو عملاً، أنّه يتّبع قوانينَها، وحينئذٍ يجب عليه اتّباعُ أحكامها ما دامت تلك القوانينُ لا تجبُره على معصية دينيّة.[2] نعم! لا يُقال في ذلك إنّه تعامل ربويّ.

٣٢٨- النّسيئة في تبادل العملات بغير جنسها

أمّا النّسيئةُ في تبادُل العُملات المتجانسة، فقد ذكرنا أنّها لا تجوز باتفاق الأئمة الحنفيّة،

---

(١) هذه القاعدة صرح بها الفقهاء؛ راجع مثلا شرح السّير الكبير للسرخسي ١: ١٦٨، ورد المحتار، باب العيدين ٣: ١٨٣، وباب الاستسقاء ٣: ١٨٥، وكتاب الحظر والإباحة ٥: ٤٠٧

(٢) راجع أحكام القرآن للشيخ المفتي محمد شفيع رحمه الله ٥: ٤٣

www.besturdubooks.wordpress.com

لالكونه صرفاً، بل لأنّ الجنس بانفراده يُحرّم النّسيئة، وإن لم يوجد القدر. أمّا تبادلُ العُملات المختلفة الجنس، مثل الرّبية الباكستانيّة بالرّيال السعودي، فقياسُ قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى أن تجوز فيه النّسيئة أيضاً، لأنّ الفلوس (وهي الأثمان الاصطلاحيّة) لو بيعت بخلاف جنسها من الأثمان، مثل الدّراهم، فيجوز فيها التّفاضلُ والنّسيئةُ جميعاً، بشرط أن يُقبض أحد البدلين في المجلس، لئلاّ يؤدّي إلى الافتراق عن دَين بدَين.

وعلى هذا، فإنّه لا فرقَ بين الموقف الثّاني والثّالث في موضوع العُملات الورقيّة أنّها يجري فيها الرّبا، وتجب فيها الزّكاة، وتتأدّى بها، ويجوزُ أن تُصبح رأسَ مالٍ في السّلم. ولكنّ الفرقَ بين الموقفين إنّما يتمحّض في جواز النّسيئة وعدمه، فلاتجوز النّسيئةُ في الموقف الثّاني، وتجوزُ في الموقف الثّالث، بشرطِ أن تكون بسعرِ يومِ العقد. وهذا الموقف الثّالث هو الّذي اخترتُه في رسالتي "أحكام الأوراق النّقديّة."

وإنّ هذا الموقف مبنيٌّ على قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى. ويظهر لي قوّتُه لأسبابٍ آتية:

١- إنّه يعترف الفرقَ البديهيَّ بين الأثمان الحقيقيّة الأبديّة أو الخلقيّة، من الذّهب والفضّة، وبين الأثمان الاصطلاحيّة، ولا يجعلها سواءً في كلّ حال.

وقد ذكر الشّيخ أحمد الزّرقاء رحمه الله تعالى أنّ النّقود الورقيّة في حكم الفلوس النّافقة، قال رحمه الله تعالى:

"والّذي يظهر أنّ الورق النّقديّ الآن بالورق السّوريّ الرّائج في بلادنا الآن،

www.besturdubooks.wordpress.com

ونظيره الرائج في البلاد الأخرى، هو معتبر من الفلوس النافقة، وما قيل فيها من الأحكام السابقة يقال فيه، لأنّ الفلوس النافقة هي ما كان متخذاً من غير النقدين الذهب والفضة. وجرى الاصطلاح على استعماله استعمال النقدين، والورق المذكور من هذا القبيل. ومن يدّعي تخصيص الفلوس النافقة بالمتخذ من المعادن، فعليه البيان."[1]

وإنّ موسوعة فتاوى المعاملات المالية التي صدرت حديثاً من مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بمصر قد ذكرت جميع الآراء المعاصرة في النقود الورقية، ثمّ رجّحت كونها في حكم الفلوس النافقة، وقالت:

"وأمّا القول الثالث الذي يعطي النقود الورقية حكم الفلوس، فهو قريب من الصواب. ذلك لأوجه الشبه الكبيرة بين الفلوس والنقود الورقية. وأهمّها أنّهما نقدان اصطلاحيان. ولكن مع ذلك يبقى هناك أوجه اختلاف بينهما يمنع إعطاءهما نفس الحكم، ومنها أنّ للفلوس قيمةً ذاتيةً غير القيمة النقدية. وأمّا النقود الورقية، فليس لها قيمة ذاتية."[2]

وإنّ هذا الفرق بين الفلوس وبين النقود الورقية كان من طبيعته أن تكون النقود الورقية أدنى حالاً من الفلوس في أنّها ليست لها قيمة ذاتية. ولكن مشت الموسوعة بعد ذلك على أن تجري عليها جميع أحكام الذهب والفضة بما فيها وجوب التقابض.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، القاعدة الثامنة عشر لاضرر ولاضرار ص ١٢١ طبع دار الغرب الإسلامي ١٤٠٣

(٢) موسوعة الفتاوى المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية ١١: ٦٨ طبع دار السلام

www.besturdubooks.wordpress.com

٢- لو قلنا بأنّ الأوراق النّقدية (الّتي ليست مغطّاة بالذّهب أو الفضّة) في حكم الذّهب والفضّة في كلّ حال، فمعنى ذلك أنّ النّصوص الّتي قصرت أحكام الصّرف على الذّهب والفضّة قد أضفنا إليها شيئاً جديداً، وهو الأوراق النّقدية، وليس لهذه الإضافة أساس إلاّ أن نعتبر الثّمنية الشّاملة للفلوس علّة للنّصوص، كما هو مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى. وحينئذٍ ينبغي أن تجري أحكام الصّرف على الفلوس أيضاً، وهو خلاف مذهب الجمهور.

٣- إن جرت أحكام الصّرف على الأوراق النّقدية والذّهب والفضّة جميعاً، فمعناه أنّ شراء الذّهب والفضّة بالأوراق النّقدية صرف، ويستغرب في مثل هذه الحالة أنّ مبادلة الذّهب أو الفضّة بالدّراهم الّتي يغلب عليها الغشّ لايكون صرفاً إلاّ بمقدار الفضّة فيها، والأوراق الّتي لافضّة فيها أصلاً يعتبر صرفاً.

٤- إنّ الّذين جعلوه صرفاً واشترطوا التّقابض في مبادلة عُملتين مختلفتين، اضطرّوا إلى تسامح وتأويل في تفسير التّقابض في بعض الحالات، فجعلوا من التّقابض ما ليس تقابضاً في الحقيقة، إلاّ بتكلّف. وذلك إذا وقعت المبادلة بين العُملتين في بلدين مختلفين لايمكن فيه حضور المتعاملين وتقابضُهما الحقيقي، وإنّما يُمكن أن يدفع زيدٌ مثلاً ألف ريال سعودي إلى عمرو بشرط أن يدفع عمروٌ بدلها رُبيات مساوية القيمة إلى خالد في باكستان. ولا يُمكن في هذه الحالة التّقابض. وهذه أمورٌ قد عمّت بها البلوى في جميع البلاد. فإنّ كثيراً من النّاس يشتغلون في غير أوطانهم، ويكسبون الأموال لأُسرهم المقيمين في أوطانهم، ويُريدون أن يبعثوا معظم كسابهم إلى أوطانهم بهذا الطّريق. ولايمكن تخريجه على أساس الاستقراض. فإنّه على كونه سُفتجة،

www.besturdubooks.wordpress.com

لايجوز الاشتراطُ في القرض أن يُقضى بغير العُملة التي ثبت بها القرض.

٣٢٩- هل القبض على الشيك يُعتبر قبضاً في الصّرف؟

فاضطرّ أصحاب الموقف الثاني إلى أن يقولوا إنّه يُمكن أن يدفع عمروٌ إلى زيدٍ شيكاً شخصياً بالرّبيات الباكستانية، فيقعُ بهذا تقابضُ البدلين. ثمّ إنّ زيداً يبعثُ بهذا الشّيك إلى خالدٍ في باكستان. وهذا، على ما فيه من الصّعوبة عملاً، مبنيٌّ على تحقّق القبض بتسلّم الشّيك الشّخصيّ، وفيه كلامٌ ذكرتُه في مبحث "تسليم الثّمن بطريق الحوالة" من هذا الكتاب.

وقد استدلّ بعضُ المعاصرين على جواز ذلك بما أخرجه البيهقيّ عن عطاء بن أبي رباح: "أنّ عبدالله بن الزّبير رضي الله تعالى عنهما كان يأخذ من قومٍ بمكّة دراهم، ثمّ يكتبُ بها إلى مُصعب بن الزّبير بالعراق، فيأخذونها منه، فسُئل ابن عبّاس عن ذلك، فلم يرَ به بأساً، فقيل له: إن أخذوا أفضلَ من دراهمهم، قال: لابأس إذا أخذوا بوزن دراهمهم."

فاستدلّ به بعضُ العلماء المعاصرين بأنّ الورقةَ التي كان يكتبها عبدالله بن الزّبير رضي الله تعالى عنه كان تسليماً للدّراهم من جانبه، وقبضاً لها ممّن أعطاه الدّراهم.[1] والحقيقةُ أنّ الورقةَ لم تكُن إلاّ حوالةً، ولوجاز مثلُ هذا التّعامل بالشّرط، لجازت النّسيئةُ في الدّراهم بالدّراهم، ولم يقُلْ بجوازه أحد. ولذلك حينما أخرجه البيهقيّ عقّب عليه بقوله:

---

(١) مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ، العدد الثالث، الجزء الثالث، بحث فضيلة الدكتور علي السالوس حفظه الله تعالى ص ١٨٨٥و١٨٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com

"ورُوِيَ في ذلك أيضاً عن عليّ. فإن صحّ ذلك عنه وعن ابن عبّاس رضي الله تعالى عنهما، فإنّما أراد، والله أعلم، إذا كان بغير شرط."[١]

ومعنى قول البيهقيّ رحمه الله تعالى أنّه لم يكن بيعاً، وإنّما كان استقراضاً، ولم يُشترط فيه أنّ القرضَ سيُقضى بالعراق، ولكنّهم كانوا يقضُونه بالعراق من دون شرط. ولذلك أخرجه عبد الرزاق رحمه الله تعالى في مصنّفه بلفظ:

"كان ابنُ الزّبير يستَلِف من التجار أموالاً، ثمّ يكتب لهم إلى العُمّال."[٢]

أمّا المسئلةُ الّتي نحنُ فيها، فهناك شرطان ظاهران: الأوّل: أنّ المبلغَ سيُدفع في باكستان، والثّاني أنّه سيُدفع بغير جنسه، يعني بالرّبيات الباكستانيّة. ولايمكن أحدٌ من الشّرطين في الاستقراض، فلا يُمكن أن ينعقد إلاّ بيعاً للرّيالات السّعوديّة بالربّيات الباكستانيّة. فلايمكن أن يُقاس الشّيكُ الشّخصيّ على الورقة الّتي كان يكتُبها عبدالله بن الزّبير رضي الله تعالى عنهما. نعم! يُمكن ذلك في الشّيك المصرفيّ والشّيك المصدّق، لأنّه قبضٌ بطريق الوكالة، ويكونُ البنك الحاجز للمبلغ وكيلاً للمستفيد، كما ذكرتُه في مبحث قبض الثّمن عن طريق الشّيك المصرفيّ. ولكنّ العاملين في البلاد المختلفة يصعُب لهم أن يقصروا تعاملَهم على الشّيكات المصرفيّة.

وكذلك اضطرّ أصحاب هذا القول إلى التّسامح في شرط التّقابض عند التّحويل المصرفيّ (Bank Transfer) فيما إذا وقعت المبادلةُ بين شخصين بأن حوّل زيدٌ

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، باب ما جاء في السفاتج ٥: ٣٥٢

(٢) مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب السفتجة ٨: ١٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

مثلاً ريالاتٍ سعوديّةً من رصيده في البنك إلى عمرو، وحوّل عمروٌ ربيّاتٍ باكستانيّةً من رصيده في ذلك البنك، أو في غيره إلى زيد. ويُقال إنّ القيد المصرفيّ في رصيد كلّ واحدٍ منهما قبضٌ لذلك المبلغ، وهذا القدرُ لاإشكالَ فيه، لأنّ التّقييدَ المصرفيَّ في عصرنا حقيقتُه القبضُ عن طريق البنك الّذي هو وكيلٌ للمستفيد، وهو مثلُ أن توضعَ الأموالُ في جيب أحدٍ أو في خزانته الشّخصيّة. وهو قبضٌ بلاشكّ. ولكنّ القيدَ المصرفيَّ لايقع في رصيدهما في آنٍ واحد، بل يكون بينهما فرقُ الأوقات، وفرقُ الأيّام في بعضِ الأحوال. فاضطرَّ أصحابُ هذا الموقف إلى القول بأنّه يُغتفر فاصلُ هذه المدّة من شرط التّقابض. ولهذا جاء في المعايير الشّرعيّة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة:

"ويُغتفر تأخيرُ القيد المصرفيّ ـ بالصّورة الّتي يتمكّن المستفيد بها من التّسلّم الفعليّ ـ إلى المدّة المتعارَفِ عليها في أسواق التّعامل، على أنّه لايجوز للمستفيد أن يتصرّف في العُملة خلالَ المدّة المغتفَرة إلاّ بعد أن يحصُل أثرُ القيد المصرفيّ بإمكان التّسليم الفعليّ."[1]

وإنّ هذه العبارةَ تعترف أنّه لم يقع التّسليم الفعليُّ للمستفيد، ولاجاز له أن يتصرّف في المبلغ الّذي أريد تقييدُه في حسابه، ولاشكّ أنّ كلّ ذلك منافٍ للتّقابض، وقد ذكرتُ عن الفقهاء الحنفيّة أنّ التّقابض في الصّرف لاتكفي فيه التّخلية، بل يجب القبض بالبراجم.

---

(١) المعايير الشّرعيّة، المعيار الأوّل، بند ٢/٦/٥(ألف)

وقال ابن عبد البرّ رحمه الله تعالى:

"ولا يجوز في شيئ من الصّرف تأخير ساعة فما فوقها، ولا أن يتوارى أحدهما عن صاحبه قبل التقابض. ولا تجوز فيه حوالة ولا ضمان، ولا خيار ولا عدة، ولا شيئ من النّظرة، ولا يجوز إلا هاء وهاء، ويتقابضان في مجلس واحد ووقت واحد."(١)

ومع ذلك لجأ أصحاب الموقف الثّاني إلى القول باغتفار أيّام لمشاكل عمليّة.

والحاصل أنّ هذا الموقف ضيّق الأمر في جانب باعتبار الأوراق النّقديّة في حكم الذّهب والفضّة، وجريان أحكام الصّرف، ووجوب التّقابض فيها، ثمّ تأوّل في معنى التّقابض، وتسامح فيه فعلاً، فعتبر قبضاً ما ليس بقبض في الحقيقة.

أمّا الموقف الثالث الّذي ذكرته، والّذي هو مبنيٌّ على قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى، والّذي يبيح التّفاضل والنّسيئة في عملات بلاد مختلفة بشرط أن يكون بسعر المثل يوم العقد، يسدّ جميع أبواب الرّبا في جانب، ويحلّ هذه المشاكل العمليّة في جانب آخر.

وقد يقع إشكالٌ على جواز النّسيئة أنّه لو أجيزت النّسيئة في مبادلة عُملات مختلفة، يمكن أن تصبح النّسيئةُ حيلةً لأكل الرّبا. فمثلاً إذا أراد المُقرِضُ أن يتقاضى عشر ربيات على المائة المقرضة، فإنّه يبيع مائة ربيّة نسيئةً بمقدار من الدّولارات الّتي تساوي مائةً وعشر ربيات، وبهذا يحتال لأخذ عشر ربيات زيادةً على المبلغ المُقرَض.

(١) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص ٣٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وحلُّ هذا الإشكال ما ذكرنا من أن يُشترط في جواز النَّسيئة أن يكون بسعرِ المثل يوم العقد. فإنَّ اشتراطَ ثمن المثل في عقود النَّسيئة يقطع الاحتيالَ على الرِّبا. واشتراطُ سعرِ المثل في المبادلات له نظائر كثيرةٌ. منها ما جاء في حديث عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما قال:

"كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، وآخذ مكانها الورِق، وأبيع بالورِق وآخذ مكانها الدنانير، فأتيتُ النبيَّ صلّى الله عليه وسلم، فسألته عن ذلك. فقال: لا بأس به بالقيمة."[1]

وكان بيعُ الدنانير بالدراهم يجوز فيه التَّفاضل لاختلاف الجنس، ولكن اشترط فيه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن يكون بالقيمة في ذلك اليوم. وذلك لئلاّ تُتّخذ حيلةً للربا.

وهناك عدّةُ مسائل في الفقه اشترط فيها الفقهاء أن يكون العقدُ بسعر المثل يوم العقد. مثلُ أجرة كتابة الفتوى، أجازها الفقهاءُ بشرط أن لايتجاوز فيه عن أجر المثل، وذلك لئلاّ يتّخذ ذلك حيلةً لتقاضي الأجرة على الإفتاء نفسه.[2]

وقد يقع على اشتراط ثمن المثل اعتراضان: الأول أنّه يؤدّي إلى حرمة التّفاضل وجواز النّسيئة، ولاعهدَ له في أحكام الأموال الرِّبويّة، فإنّ حرمةَ التَفاضل فيها تُلازِم حُرمةَ النسيئة، فهناك أشياءُ تحرُم فيها النّسيئةُ ويجوز التّفاضل، مثلُ بيع الدّرهم

(١) أخرجه الترمذي ١٢٤٢، وأبو داود ٣٣٤٥، والنسائي ٤٥٨٩، وابن ماجه ٢٤٦٢، والدارمي ٢٥٨١، وأحمد ٩: ٣٩٠؛ انظر التلخيص الحبير ٣: ٢٥ و ٢٦، باب القبض وأحكامه برقم ١٢٠٤.

(٢) راجع الدرّ المختار مع ردّ المحتار، كتاب الإجارة، مسائل شتى ٦: ٩٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بالدّينار، ولكن ليس هناك ما يمنع التّفاضل ويجوّز النّسيئة. والجواب عن هذا الإشكال أنّ اشتراط ثمن المثل في مبادلة العُملة الورقيّة بخلاف جنسها ليس تحريماً للتّفاضل، فإنّ الرّبيات الباكستانية يجوز مبادلتها بالرّيالات السعوديّة بالتّفاضل بداهةً، فالتّفاضل جائزٌ ليس بممنوع، ولهذا يجوز اليوم مبادلة ريالٍ سعوديّ واحد بستّ وعشرين ربية باكستانيّة حسب تسعير اليوم. وهذا تفاضلٌ ظاهر. وإنّما حاصلُ اشتراط ثمن المثل أن لايتعدّى هذا التفاضلُ إلى حدٍّ يكون حيلةً للرِّبا. وهذا كما أنّ مبادلة الدّراهم بالدنانير يجوز فيها التّفاضل، ولكن اشترط رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن تقع المبادلةُ بسعر يوم المبادلة في صرف ما في الذّمّة.

والاعتراض الثّاني: أنّ مثل هذه الحيلة كانت متصوّرةً في عهد السّلف في مبادلة الفلوس بالدّراهم أيضاً. وقد أجازوا فيها التّفاضُل والنّسيئة، ولكن لم يؤثر عنهم أنّهم اشترطوا أن يقع التّبادلُ بسعر المثل. والجوابُ أنّ الفلوس في ذلك العهد كانت لاتُستعمل إلاّ في مبادلات بسيطة، فاحتمالُ مبادلتها بالدّراهم نسيئةً بتفاضلٍ يؤدّي إلى الاحتيال للرِّبا كان نادراً وضعيفاً. أمّا في عهدنا، فإنّ العُملةَ الورقيّة أصبحت هي آلةَ التداول الوحيدة في جميع شئون الحيوة، ولاتوجد عُملةٌ أخرى، فاحتمالُ مبادلتها بالنّسيئة حيلةً للرِّبا أصبح احتمالاً قويّاً يبرّرُ اشتراطَه بأن يكون بسعر المثل يوم العقد.

والحقيقةُ أنّ هذا الموقف الثّالث لم يأخذ حقّه من النّقاش والتّعمّق في المؤتمرات العالميّة الّتي عُقدت في هذا الموضوع. ولعلّ سببه أنّه فور ماقيل إنّ الأوراق النّقديّة في حكم الفلوس، يتبادر إلى الذّهن أنّه ترجيحٌ للموقف الأوّل الّذي يفتح باب الرِّبا في الأوراق النّقديّة، ولكنّ الأمر ليس كذلك، لأنّه لو أخذت الأوراق النّقديّةُ حكمَ

www.besturdubooks.wordpress.com

الفلوس على مذهب الإمام محمّد رحمه الله تعالى، فلا يجوز فيها التّفاضل. فلايلزم منه هذا المحظور كما بيّنّا دلائله فيما سبق، وأمّا مايُخشى من الاحتيال على الرّبا في جواز النّسيئة، فقد ينسدّ بابه باشتراط سعر المثل يوم العقد كما بيّنّا، فهذا الموقفُ موافقٌ لما هو كالبديهيّ في الفرق بين الأثمان الحقيقيّة والأثمان الاصطلاحيّة، وجامعٌ للمصالح من سدّباب الرّبا والتّيسير في مبادلة العملات بين البلدين.

وطُرح هذا الموقف الثّالث في اجتماعٍ كبير لعلماء الهند في مجمع الفقه الإسلاميّ الهنديّ، وطُلبت آراءُ أصحاب الفتوى في الهند بصورة استفتاء، فجاءت أجوبةُ معظم العلماء (وهم خمسون) موافقةً لهذا الموقف الثّالث، في حين أنّ الّذين رجّحوا الموقف الثّانيّ كانوا عشرة، ورأى خمسةٌ منهم أنّ الأصل أن لاتجوز النّسيئة، ولكن يمكن أن تُباحَ في حالات الحاجة. والقرارُ الّذي صدر من الاجتماع ذكر الموقفَيْن، ثمّ قال ماترجمته:

"إنّ هذا الاجتماعَ من مجمع الفقه الإسلاميّ بعد النّظر في هذين الموقفين الموقّرين، قرّر أن يُعمل بالاحتياط في مبادلة عُملتين مختلفتي الجنس نسيئةً، ولكن يُمكن أن يُعملَ بالرّأي الآخر في حالةِ حاجةٍ وضرورةٍ واقعيّة."[1]

ولاشكّ أنّ العمل بالأحوط هو الأسلمُ في مثل هذه الأمور، ولكن من جملة الاحتياط أن لايُعتبر القبضُ على الشّيك الشّخصيّ قبضاً، وأن لايُغتفرَ مدّةُ التّقييد المصرفيّ من شرط التّقابض، فإن استُثنيت هذه الأمور من التّقابض الحقيقيّ، فالقولُ

(۱) مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ بالهند، الدّورة الرابعة في شهر محرّم ۱٤۱۲هـ ص ٦۰۰

www.besturdubooks.wordpress.com

بأنه أحوطُ مشكل، لأنّ التّقابض، كما يظهر من النّصوص وممّا ذكره الفقهاء في تفسيره، يصعُب تقعيده على مثل هذه المستثنيات، كما سيأتي ذكرُه في مبحث التّحويل المصرفيّ إن شاء الله تعالى.

وعلى أساس قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى تنحلّ قضيّةٌ أخرى عمّت بها البلوى، وهي مشكلة التّجار النّاشئة عن تذبذب أسعار العُملات. وذلك أنّ الّذين يستوردون البضائع من خارج دولتهم، إنّما يفعلون ذلك بالعُملة القويّة، مثل الدّولار، ثمّ يبيعونها في بلادهم بالعُملة المحلّيّة، والّذين يُريدون تصديرَ البضاعات إلى بلاد أخرى يشترون البضائع أو يصنعونها بتكلفةٍ مقدّرة على أساس العُملة المحلّيّة، وقد تختلف أسعارُ العُملتين في أثناء عمليّة الاستيراد أو التّصدير، ومن هذه الجهة قد تلحقهم خسائر. ولتجنّب أخطار تذبذب العُملات تُستخدم طرقٌ مختلفة تُسمّى "التّحوّط" (Hedging) معظمُها غير مقبولةٍ من النّاحية الشّرعيّة. وعلى أساس قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى الّذي ذكرناه في الموقف الثّالث يُمكنُ أن تُشترى الدّولارُ بالرّبيات وبالعكس نسيئةً، لكونهما في حكم الفلوس في حق النّسيئة فقط، وجواز التّفاضل بينهما لكونهما جنسين مختلفين، بشرط ما ذكرنا من أن يكون التّبادل على أساس سعر يوم العقد، لئلاّ يكون ذريعةً للاحتيال على الرّبا. والله سبحانه وتعالى أعلم وعلمه أتمّ وأحكم.

٢٣٠- إرسال النّقود عن طريق البريد او البنك

أمّا إرسالُ النّقود إلى شخصٍ آخر عن طريق البريد أو البنك، فإنّه ليس صرْفاً، ولكنّه يحتاج إلى تكييف شرعيّ، ويتمّ الإرسال بثلاثة طرق:

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٣١- الشّيك المصرفيّ

الأوّل: أن يبعث الشّيك المصرفيّ (Draft) عن طريق البريد، وقدّمنا في مباحث إيفاء الثّمن أنّ البنك المصدر للشّيك المصرفيّ يحجز مبلغه لصالح المستفيد، فيكون وكيلاً عنه في القبض. فيتحقّق القبض عن طريق الوكيل. وما يتقاضاه البنك لإصدار الشّيك المصرفيّ من الرّسوم يمكن أن يعتبر أجرة المثل للخدمات الّتي يقدّمها لإصدار الشّيك. ثمّ يرسل الشّيك عن طريق البريد، وما تتقاضاه دائرة البريد أجرةٌ على حمل الظّرف المشتمل على الشّيك إلى المرسل إليه.

٣٣٢- والطّريق الثّاني: أنّ النّقود ترسل عن طريق حوالة مالية بريديّة والّتي تسمّى "مني آردر" (Money Order) وفي هذه الحالة، يدفع المُرسل نقوداً إلى دائرة البريد، وإنّ دائرة البريد لاتحمل هذه النّقود إلى المرسل إليه بعينها، بل تخلطها بأموال أخرى، ويدفع مثلها إلى المرسل إليه. ولهذا فإنّ النّقود ليست أمانةً عندها، بل هي مضمونةٌ على مكتب البريد، ولذلك يجب عليها دفع مثلها. وإن هلكت بدون تعدّ منها، فإنّ هذه العمليّة تشتمل على أمرين: الأوّل إقراضٌ لدائرة البريد، والثّاني: إحالةُ المرسل إليه على ذلك القرض. ومن هنا ينشأ الإشكال من جهتين:

٣٣٣- العمولة على الحوالة البريديّة

الإشكال الأوّل: أنّ دائرة البريد تتقاضى عمولةً من المُرسل على إجراء هذه العمليّة، فالمدفوع إلى البريد أكثر ممّا يدفعه البريد إلى المرسل إليه، فكان في معنى الرّبوا. ولهذا السّبب أفتى بعض الفقهاء في الماضي القريب بعدم جواز إرسال النّقود بهذا

www.besturdubooks.wordpress.com

الطّريق.[١] ولكن أفتي كثيرٌ من العلماء المعاصرين بجوازها على أساس أنّ العمولة التي يتقاضاها البريدُ عمولةٌ مقابلَ الأعمال الإدارية، من دفع الاستمارة، وتسجيل المبالغ، وإرسال الاستمارة، أو البرقيّة وغيرها إلى مكتب البريد في بلد المرسَل إليه. وعلى هذا الأساس جوّز الإمام أشرف عليّ التهانويّ رحمه الله تعالى إرسالَ المبلغ عن طريق الحوالة البريديّة.[٢] وعلى هذا مشى العلماءُ المعاصرون، مثل فضيلة الدكتور الشّيخ وهبه الزّحيليّ حفظه الله تعالى.[٣]

والعادةُ أنّ عمولةَ الإرسال تكونُ مرتبطةً بنسبة مئويّة من المبلغ. وقد يجعلُ مكتبُ البريد شرائحَ لهذه العمولة، فمثلاً، هناك مبلغٌ مقطوعٌ لإرسال مبلغٍ أقلّ من ألف، ومبلغٌ مقطوعٌ أزيدُ منه لإرسال ما يبلغ ألفاً إلى خمسة آلاف، وهكذا. وقد جرى عليه العمل في سائر البُلدان من غير نكير. وليس هناك ما يُبرّر هذا الرّبطَ بين المبلَغ والعمولة إلاّ ما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى في أجرة كتابة الصّكّ حيثُ جاء في الدّرّ المختار:

"يستحقّ القاضي الأجرَ على كَتْب الوثائق والمحاضر والسّجلاّت قدرَ ما يجوز لغيره كالمفتي، فإنّه يستحقّ أجرَ المثل على كتابة الفتوى، لأنّ الواجبَ عليه الجوابُ باللّسان دون الكتابة بالبنان. ومع هذا الكفُّ أولى."

وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

قوله: "قدر ما يجوز لغيره" قال في جامع الفصولين: للقاضي أن يأخذ ما

---

(١) فتاوى رشيديه ص ٤١٠
(٢) إمداد الفتاوى ٣: ١٤٦ سؤال ١٩٢
(٣) الفقه الإسلامي وأدلّته، المستدرك ٩: ٣٣٢

يجوزُ لغيره، وما قيل: في كلّ ألف خمسةُ دراهمٍ لاتقول به، ولايليق ذلك بالفقه. وأيُّ مشقّةٍ للكاتب في كثرة الثّمن. وإنّما أجرُ مثله بقدر مشقّته، أو بقدر عمله في صنعته أيضاً، كحكّاك وثقّاب يُستأجرُ بأجرٍ كثير في مشقّة قليلة. انتهى. قال بعضُ الفضلاء: أفهم ذلك جوازَ أخذ الأجرة الزّائدة، وإن كان العملُ مشقّتُه قليلة، ونظرُهم لمنفعة المكتوب له. انتهى. قلت: ولايخرُج ذلك عن أجرة مثله، فإنّ من تفرّغ لهذا العمل، كثقّاب اللآلي مثلاً، لايأخذ الأجرَ على قدر مشقّته، فإنّه لايقوم بمؤنته، ولو ألزمناه ذلك، لزم ضياعُ هذه الصّنعة. فكان ذلك أجرَ مثله."[1]

٣٣٤– السُّفتجة وحكمها الشّرعيّ

والإشكال الثّاني في الحوالة البريديّة أنّه في الظّاهر سُفتجة، وقد كرهها الفقهاء، ولنتكلّم على هذه النّاحية بشيئ من التّفصيل، والله سبحانه هو الموفق.

السُّفتجة، بضمّ السين المشدّدة وفتحها، وسكون الفاء وفتح التّاء، كلمةٌ معرّبة من الفارسيّة، وعرّفه الزّبيديّ رحمه الله تعالى بقوله: "قرضٌ استفاد به المقرض سقوطَ خطر الطّريق، بأن يُقرِضَ ماله عند الخوف عليه ليُرَدّ عليه في موضع أمن." وذكر أنّ معناه اللّغويّ: "الشّيئ المحكم" سُمّي به هذا القرض لإحكام أمره.[2]

وعرّفه الدّردير رحمه الله تعالى بقوله: "معناها الكتابُ الّذي يُرسله المقترضُ

---

(١) الدر المختار مع ردّ المحتار، كتاب الإجارة، مطلب في أجرة صك القاضي والمفتي ٦: ٩٢

(٢) تاج العروس ٦: ٣٩

لوكيله ببلدٍ ليدفعَ للمُقرضِ نظيرَ ما أخذه منه ببلده.[١] وذكر الدّسوقيّ رحمه الله تعالى أنّه يُسمّى الآن "بالبوصة".[١] وعرّفه الحصكفيّ رحمه الله تعالى بقوله: "وهي إقراضٌ لسقوطِ خطر الطّريق. فكأنّه أحال الخَطرَ المتوقَّع على المستقرض، فكان في معنى الحوالة." وقال ابن عابدين تحته: "وصورتُها أن يدفع إلى تاجرٍ مالاً قرضاً ليدفعه إلى صديقه، وإنّما يدفعه قرضاً، لا أمانةً، ليستفيدَ به سقوطَ خطر الطّريق. وقيل: هيَ أن يُقرض إنساناً ليقضيه المستقرضُ في بلدٍ يُريده المقرض، ليستفيدَ به سقوطَ خطر الطّريق."[٢]

وحاصل هذه التّعريفات ما ذكره أخونا العلامة فضيلة الدّكتور الشّيخ وهبه الزّحيليّ حفظه الله تعالى:

> " السُّفتجة معاملةٌ ماليّةٌ يُقرضُ فيها إنسانٌ قرضاً لآخر في بلدٍ ليُوفيه المقترض أو نائبه أو مدينُه إلى المقرض نفسه، أو نائبه، أو دائنه، في بلدٍ آخرَ معيّن."[٣]

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في جواز هذه المعاملة. فالمذكور في كتب الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة كراهتُها، لأنّها تؤدّي إلى قرضٍ جرّ نفعاً، وهو الأمنُ من خطر الطّريق.[٤] لأنّه لو كان دفع إلى الآخر المبلغَ أمانةً، وهلك بغير تعدٍّ منه، مثل أن يسرقه اللّصوص في الطّريق، لم يكن الحاملُ ضامناً، وخسر المعطي. ولكنّه دفع إليه المالَ قرضاً، فصار مضموناً على

---

(١) حاشية الدّسوقيّ على الدّردير ٣: ٢٢٥

(٢) ردّالمحتار ١٦: ٢٤١ فقره ٢٥٩٠٩

(٣) الفقه الإسلاميّ وأدلّته ٤: ٧٢٨

(٤) ردّالمحتار ١٦: ٢٤٠ والمهذّب ٢: ٨٤ والدّسوقي ٣: ٢٢٥

www.besturdubooks.wordpress.com

المقترض. فلو هلكَ في الطَّريق، ولو بغير تعدٍّ منه، كان المقترضُ ضامناً، وهذه هي المنفعةُ الَّتي جرّها القرض.

وأمّا الحنابلة، فالصّحيحُ عندهم جوازُ السُّفتجة. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وقد نصَّ أحمد على من شرط أن يكتبَ له بها سفتجة، لم يجز. ومعناه اشتراطُ القضاء في بلدٍ آخر. ورُوي عنه جوازُها لكونها مصلحةً لهما جميعاً...ورُويَ عن عليٍّ رضي الله عنه أنّه سُئل عن مثل هذا، فلم يرَ به بأساً. وممّن لم يرَ به بأساً ابنُ سيرين، والنّخعيّ. رواه كلَّه سعيد."[١] وذكر القاضي أنَّ للوصيّ قرضَ مال اليتيم في بلدٍ ليُوفيه في بلدةٍ أخرى، ليربحَ خطر الطَّريق. والصّحيح جوازُه، لأنّه مصلحةٌ لهما من غير ضررٍ بواحد منهما، والشّرعُ لايرد بتحريم المصالح الّتي لامضرّةَ فيها، بل بمشروعيّتها، ولأنَّ هذا

---

(١) ويُمكن أن يُستأنس على الجواز بما أخرجه البيهقيّ وغيره عن عن عطاء بن أبي رباح أنّ عبدالله بن الزّبير رضي الله تعالى عنهما كان يأخذ من قوم بمكّة دراهم، ثمّ يكتب بها إلى مصعب بن الزّبير بالعراق، فيأخذونها منه. فسُئل ابن عبّاس عن ذلك، فلم يرَ به بأساً، فقيل له: إن أخذوا أفضل من دراهمهم، قال: لابأس إذا أخذوا بوزن دراهمهم." وقد ذكرنا في مبحث القبض بالشيك المصرفيّ أنّ البيهقيّ رحمه الله تعالى عقّب عليه بقوله: "وروي في ذلك أيضاً عن عليّ، فإن صحّ ذلك عنه وعن ابن عبّاس رضي الله تعالى عنهما، فإنّما أرادا والله أعلم إذا كان بغير شرط." ومعنى قول البيهقيّ رحمه الله تعالى أنّه لم يكن بيعاً، وإنّما كان استقراضاً، ولم يُشترط فيه أنّ القرضَ سيُقضى بالعراق، ولكنّهم كانوا يقضونه بالعراق من دون شرط. ولذلك أخرجه عبد الرزّاق رحمه الله تعالى في مصنّفه بلفظ: "كان ابنُ الزّبير يستسلف من التجّار أموالاً، ثمّ يكتب لهم إلى العُمّال".
ولكنّ الرّواية ليس فيها تصريحٌ أنّه كان بدون شرط، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

ليس بمنصوص على تحريمه، ولا في معنى المنصوص. فوجب إبقاؤه على الإباحة."[1]

ثمّ إنّ المالكيّة القائلين بكراهة السُّفتجة استثنوا منها حالتين: الأولى: أن يكون الخوفُ على النّفس أو المال عامّاً غالباً في سائر الطّرق، فحينئذ تجوز السُّفتجة، بل يندب، بل قد يجب،[2] تقديماً لمصلحة حفظ المال والنّفس على مضرّة سلفٍ جرّ نفعاً. والحالةُ الثّانية: أن يقوم دليلٌ على أنّ القصد نفعُ المقترض فقط، لا نفعُ المقرض أو نفعهما معاً."[3]

والّذي يظهر من كلام الفقهاء الّذين كرهوا السّفتجة أنّ الكراهة إنّما تأتي من قصد الأمن من خطر الطّريق. والواقع في الحوالة البريديّة (Money Order) أنّ المقصود ليس قرضاً واقتراضاً، وإنّما المقصودُ إرسالُ مبلغ إلى بلدٍ آخر. فلو قبله مكتبُ البريد أمانةً، رضيَ به المرسل إن كان على ثقة من أمانته، وقد لايقعُ في ذهن المرسِل أنّه يُقرض هذا المال إلى مكتب البريد، ولكنّه يُصبح قرضاً لحاجة البريد، فإنّه لايُمكن له أن يفصلَ أموال مئين من النّاس، ويحفظَ مالَ كلّ واحدٍ منهم مفصولاً عن غيره. ولهذه الحاجة إنّه يخلط الأموال. وبسبب هذا الخلط يأخذ المبلغُ حكمَ القرض، فهو

---

(۱) المغني لابن قدامة ٤: ٣٦٠

(۲) وهذا إنّما يتصوّر إن لم يكن المقترض يحمل مبلغ القرض معه إلى بلد آخر، بل يستعمله في بلد المقرض، ويكتب إلى وكيله في بلد آخر أن يؤدي منه إلى وكيل المقرض، وبهذا عرّف الدّسوقيّ رحمه الله تعالى السّفتجة كما مرّ نصّه. أمّا إذا كان المقترض يحمل مبلغ القرض إلى بلد آخر، فلا معنى لهذا الاستثناء، لأنّه معرّض لنفس الخطر، والله سبحانه أعلم.

(۳) الدّسوقي ۳: ۲۲٦

www.besturdubooks.wordpress.com

أمانةٌ ابتداءً، وقرضٌ انتهاءً بسبب الخلط. والظّاهرُ أنّ هذا بمعزلٍ عن السُّفتجة القديمة الّتي كان المُقرض فيها يقصد الإقراضَ منذ أوّل الأمر، ويقصد الأمنَ من خطر الطّريق.

ولو كان في حكم السُّفتجة، فالحاجةُ داعيةٌ إلى القول بجوازها على مذهب الحنابلة. ولهذا قال الإمام أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى:

"إن ثبت بنقلٍ صحيح أنّ إماماً من الأئمّة الأربعة ذهب إلى جواز السُّفتجة، فيقال بجواز العمل به للضّرورة."[1]

وبهذا ينحلّ الإشكال في جواز الحوالة البريديّة.

٣٣٥- التّحويل المصرفيّ

والطّريق الثّالث لإرسال النّقود هو التّحويل المصرفيّ (Bank Transfer) وطريقُه أنّ المرسِل له رصيدٌ في بنك ألف مثلاً، فيطلُب من ذلك البنك أن يُرسل مبلغاً من ذلك الرّصيد إلى بنك ب في بلد المرسَل إليه، ويُقيّد ذلك المبلغ في حسابه. فإن كان المبلغُ المطلوبُ إرسالُه بنفس العُملة الّتي فيها رصيدٌ للمرسِل، فإنّ تكييفَه أنّ البنك ألف مديونٌ للمرسِل، فيأمرُ مديونَه أن يؤدّيَ دَينَه (بقدر المبلغ المطلوب إرسالُه) إلى المرسَل إليه بتقييد ذلك المبلغ في حسابه لدى البنك ب. وما يتقاضى عليه البنك من العمولة، فهو مقابلُ الأعمال الإداريّة الّتي يقوم بها من أجل هذا التّحويل.

أمّا إذا كان المرسِلُ له رصيدٌ في عملة باكستانيّة مثلاً، ويُريد أن يتسلّم المرسَل إليه

---

(١) إمداد الفتاوى ٣: ١٤٥ سؤال ١٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

عُملةٍ أخرى، مثل الرِّيال السعودي، فإنّ هذه العملية بيعٌ للرُّبيّات الباكستانيّة بالرِّيالات السعوديّة، ثمّ تحويلُ الرِّيالات إلى المرسَل إليه. فيجري فيه كلُّ ماذكرناه في موضوع مبادلة العُملات.

فالموقف السّائد عند معظم علماء البلاد العربيّة في هذا الموضوع حسبما قرّرته عدّة مجامعَ فقهيّة فيها أنّ النّقود الورقيّة في حكم الذّهب والفضّة في جميع الأحكام، وأنّها تخضع لأحكام الصّرف الشّرعيّ من وجوب تقابُض البدلَين في مجلس العقد. ومن هذه الجهة أحدث إرسالُ المبالغ بالتّحويل المصرفيّ إشكالاً من حيثُ إنّه لايقع فيه تقابُضُ البدلين. فاضطرّ أصحابُ هذا الموقف إلى توجيهٍ لإجازة هذه المعاملة. فجاء في قرار المجمع الفقه الإسلامي:

"إذا كان المطلوبُ في الحوالة دفعها بعُملة مُغايرة للمبالغ المقدَّمة من طالبها، فإنّ العمليّة تتكوّن من صرفٍ وحوالة بالمعنى المشار إليه في الفقرة (أ) . وتجري عمليّةُ الصّرف قبل التّحويل، وذلك بتسليم العميل المبلغَ للبنك، وتقييد البنك له في دفاتره بعد الاتّفاق على سعر الصّرف المثبت في المستند المسلَّم للعميل، ثمّ تجري الحوالةُ بالمعنى المشار إليه."[1]

وحاصلُ هذا القرار أنّ طالبَ تحويل ريالاتٍ سعودية إلى رُبيّاتٍ باكستانيّة في

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٨٨ (٣/٩) بشأن (تجارة الذهب، الحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة) الصادر في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ الموافق ١ - ٦ إبريل ١٩٩٥م.

www.besturdubooks.wordpress.com

باكستان يعقد الصّرفَ مع البنك أولاً، بأنّه يُعطيه ريالاتٍ سعوديّةً، ويصرفُها بربّيات باكستانيّة، وبعد ما يملك الرّبّيات الباكستانيّة، فإنّه يأمر البنكَ بتحويلها إلى المرسَل إليه. فيجتمع فيه الصّرف والحوالة. ولكن لتصحيح هذه العمليّة بهذا الشّكل يجب أن يقع تقابضُ البدلين في المجلس أوّلاً. وقد ذكر القرارُ أنّ العميل (طالب التّحويل) يُسلّم المبلغ (الرّيالات السّعوديّة في مثالنا) إلى البنك. ولكن لم يتّضح في القرار كيف يقبض العميلُ الرّبيات الباكستانيّة في عقد الصّرف. ولعلّ المقصودَ أنّ قبضَه يتحقّق "بالاتّفاق على سعر الصّرف المُثبَت في المستند المسلّم للعميل" فكأنّ القبضَ على هذا المستند قبضٌ للرّبّيات الباكستانيّة، وبه يتمّ الصّرف، ثمّ يقع التّحويل.[1]

وهذا التّوجيه مبنيٌّ على أنّ الصّرف يجوز فيه القبضُ الحكميُّ بقبض مستند المبلغ، لأنّه في حكم التّخلية. ولكن يرد عليه أنّ الّذي جرى عليه الفقهاء في الصّرف أنّه لابدّ من القبض بالبراجم. ولايكفي القبضُ الحكميّ، حتّى الحنفيّةُ القائلون بنيابة التّخلية عن القبض، لايُجيزون التّخليةَ في الصّرف. جاء في الدّرّ المختار: "والتّقابضُ بالبراجم، لابالتّخلية قبل الافتراق."[2] وذلك لأنّ التّخلية إنّما يُعتبر قبضاً إذا تعيّن المبيع، وكان في مُكنة المشتري أن يقبضَه متى شاء. أمّا النّقود، فلا تتعيّن

---

(١) وبمثله جاء في المعايير الشّرعيّة الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية: "يجوز إجراء حوالة مصرفيّة بعُملة مغايرة للمبلغ المقدّم من طالب الحوالة. وتتكوّن تلك العمليّة من صرف بقبض حقيقيٍّ أو حكميٍّ بتسليم المبلغ لإثباته بالقيد المصرفي، ثمّ حوالة (تحويل) للمبلغ بالعُملة المشتراة من طالب الحوالة. ويجوز للمؤسّسة أن تتقاضى من العميل أجرةَ التّحويل" (المعايير الشرعيّة، المعيار رقم ١، بند ٢/ ١١)

(٢) وقد أكّده ابن عابدين رحمه الله تعالى (ردّالمحتار ١٥: ٥٢٠ فقره ٢٥١٢٣)

www.besturdubooks.wordpress.com

عند الحنفيّة إلاّ بالقبض بالبراجم، فتبقى ديناً إلى أن يقبضها المشترى.

ومذهب غيرالحنفيّة من الأئمة أشدّ، لأنّهم لايعتبرون التّخلية قبضاً في المكيلات والموزونات والمعدودات في البيوع العامّة، فضلاً عن الصّرف. وقد صرّحوا بأنّ القبض في المعدودات لايتمّ إلاّ بالعدّ، وفي الدّراهم والدّنانير بالتّناول باليد. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"إن كان المبيع دراهم أو دنانير، فقبضها باليد."[1]

وقال النّوويّ رحمه الله تعالى:

"ما يُتناول باليد، كالدّراهم والدّنانير...فقبضه بالتّناول بلا خلاف. صرّح بذلك الشيخ أبوحامد في تعليقه...وخلائق لايحصون."[2]

وقال الدّردير رحمه الله تعالى:

"(كموزون ومعدود) فإنّه يضمنه البائع إلى أن يقبضه المشترى بالوزن أو العدّ."[3]

فتبيّن بهذا أنّ الصّرف لايكفي فيه التّخلية عند أحدٍ من الأئمة الأربعة. فكيف يقال إنّ القبض على المستند قبضٌ على النّقود في الصّرف؟ وقد تعرّض فضيلة أخينا العلاّمة الشّيخ الدّكتور وهبه الزّحيليّ حفظه الله تعالى لهذه المشكلة فقال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٢) المجموع شرح المهذّب ٢: ٢٧٦

(٣) الدردير مع الدّسوقيّ ٣: ١٤٤ ومثله في حاشية الخرشي ٥: ١٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"يُلاحظُ أنّ بيعَ النّقود الورقيّة يأخذ حكمَ النّقدين: الذّهب والفضّة، كما قرّرت المجامعُ الفقهيّةُ المعاصرةُ وهيئاتُ كبار العلماء، طبقاً لأحكام الشّريعة. ويحرُم تحويلُ عُملةٍ إلى عُملةٍ أخرى بالمؤجّل دونَ تقابضٍ في مجلس العقد، سواءٌ أكانت هناك زيادةٌ أم لا، لأنّ ذلك ربا نسيئةٍ، فلا يحلّ بيعُ النّقود مع التّأجيل، بسعرٍ مماثلٍ أو بسعرٍ أكثر.

وبناءً على هذا، يجب أن يتمّ عقدُ الصّرف منجزاً مع البنك أو الصّرّاف دون تأجيلِ الدّفع، وهذا يحدث فعلاً؛ لأنّ الصّرّاف مستعدٌ لتسليم العوض في مجلس العقد، ولكن لا يتمّ القبضُ الفعليُّ لعوض أو بدل الصّرف، ويقوم مقامَه قبضٌ حكميٌّ، لا ينقُصه سوى القبض الصّوري والإعادة فوراً، ثم يعقبه إبرامُ عقدٍ آخرَ منفصلٍ، وهو تحويلُ المبلغ إلى بلدٍ آخر، ويكون ذلك على أساس عقد القرض...... ويتمّ التّعبيرُ عن هذا القرض بتسليم المقرض وَصْلاً (وثيقة) يُثبتُ حقَّه في بدل القرض، ويكون المقترضُ وهو الصّرّافُ أو البنكُ ضامناً لبدل القرض، ولكنّه يأخذ أجراً أو عمولةً على تسليم المبلغ في بلدٍ آخر مُقابلَ مصاريفِ الشّيك أو أُجرة البريد أو البرقيّة أو التّلكس فقط، لتكليف وكيل الصّرّاف بالوفاء أو السّداد.

وهذان العقدان: الصّرفُ والتّحويلُ القائم على القرض: هما الطّريقان لتصحيح هذا التّعامل، فيما يبدو لي، والله أعلم." [1]

وإنّ العبارة الّتي تحتها خطٌ تُبيّن أنّه كان من المفروض حسبَ قواعد الصّرف أنّه إذا

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المستدرك ٩: ٣٣١ و ٣٣٢

سلّم المُرسِل الرّيالاتِ السعوديّة إلى الصرّاف، فإنّ الصرّاف يُسلّم الرّبيات الباكستانيّة إلى طالب التّحويل، ليقع التّقابضُ في الصّرف، ثمّ يُعيدُ إليه الرّبيات الباكستانيّة ليُرسله الصرّاف إلى باكستان، ولكنّه بدلاً من هذا التّعامل، لايُعطيه الرّبيات الباكستانيّة، بل يلتزمُ على نفسه إرسالها إلى باكستان، فصار القبضُ من الطّرف الآخر حكمياً.

وفي هذا التّوجيه نظرٌ من وجهين:

الأوّل: أنّ الصّرفَ لايسوغ فيه القبض الحكميّ عند أحدٍ من الأئمّة الأربعة، كما نقلنا نصوصهم.

الثّاني: أنّ القولَ بأنّ "الصرّاف مستعِدٌ لتسليم العوض في مجلس العقد" لايصحّ في كثير من حالات التّحويل المصرفيّ، لأنّه قد لايتوفر لدى البنك عند عقد التّحويل العُملةُ المطلوبة بالمقدار المطلوب تحويلُه. فمثلاً، إن أعطاه أحدٌ مائة ألف ريال سعوديّ، ليُرسله إلى باكستان بالرّبيات الباكستانية، فإنّه يحتاج إلى أكثرَ من مليونين ونصفٍ من الرّبيات الباكستانية. وإنّ هذا القدرَ من العُملة الباكستانيّة لاتكون عند البنك السّعوديّ عادةً عند قبوله التّحويل المصرفيّ، بل ربّما يحتاج إلى شراءها من بنكٍ آخر بالدّولارات. فلا نستطيع أن نقول: "إنّه مستعدّ لدفع هذا القدر إلى طالب التّحويل، ولاينقصُه إلاّ القبض الصّوريّ"، بل الواقعُ في مثل هذه الحالة أنّه ينقصُه ملكُ العُملة المطلوبة، فضلاً أن تكونَ في حيازته، فضلاً أن يُسلّمه إلى طالب التّحويل.

فظهر بهذا أنّ العُملةَ الورقيّة إن أجريت عليها جميعُ أحكام الذّهب والفضّة، واعتُبر

www.besturdubooks.wordpress.com

تبادلها صرْفاً، فإنّ التّقابضَ الّذي تصوّره الفقه الإسلاميّ في عمليّات الصّرف لايحصُل في التّحويل المصرفيّ إلاّ بتكلّف وبُعدٍ عن تصوّر التّقابض المشترَط لجواز الصّرْف.

أمّا إذا أخذنا بالموقف الثّالث بالنّسبة للعملة الورقيّة، والّذي هو مبنيٌّ على قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى من أنّها ليست في حكم الذّهب والفضّة من جميع الوجوه، وأنّ المبادلةَ بينها ليست صرْفاً فقهيّاً، فلا يُشترط فيه التّقابض في المجلس. تنحلّ مشاكلُ التّحويل المصرفيّ بسهولة، دون أن يُتسامح في أيّ أصل من الأصول الفقهيّة. وقد بسطنا أدلّة هذا الموقف تحت عنوان "الموقف الثّالث" من مبحث "النّقود الورقيّة"، وأجبنا عن الإشكالات الواردة عليه.

فالأخذ بالموقف الثّالث في العُملة الورقيّة أولى من ناحية الدّليل ومن ناحية التّيسير أيضاً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٣٦- شراء حليّ الذّهب والفضّة بالنّقود الورقيّة

وكذلك يختلف حكم شراء حليّ الذّهب والفضّة بالنّقود الورقيّة على الموقفين. فإنّ على الموقف الأوّل الّذي يُجرى أحكام الصّرف على النّقود الورقيّة، لايجوز شراءُ حُليّ الذّهب أو الفضّة بالنّقود الورقيّة إلاّ بتقابض البدلين في مجلس العقد. ولا يجوز فيه تأخيرُ قبض أحد البدلين. وهو الّذي يُفتى به أصحاب الموقف الأوّل. ولكنّ تُجّار الحُليّ يشعُرون فيه بعُسرٍ شديد، وقد ذكر لي الكثيرون منهم أنّهم يواجهون صعوبة شديدةً في تطبيقه العمليّ.

أمّا على الموقف الثّالث الّذي رجّحتُه ورجّحه كثير من علماء شبه القارة الهنديّة،

www.besturdubooks.wordpress.com

والّذي ذكرتُ أدلّته فيما سبق على مذهب الإمام محمّد رحمه الله تعالى، فإنّه يجوز شراءُ حُليّ الذّهب والفضّة بالنقود الورقيّة نسيئة، بشرط أن يكون بسعر يوم العقد، ولا يُشترط فيه التّقابض، بل لا يُشترط قبضُ الحُليّ الحقيقيّ، وإنّما يكفي تعيينُ الحُليّ، لأنّ النّقود الورقيّة في حكم الفلوس في أحكام الصّرف فقط، وشراءُ الحُليّ بالفلوس لا يُشترط فيه التّقابض عند الحنفيّة، بل يكفي تعيينُ الحُليّ. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإن اشترى خاتم فضّة أو خاتم ذهب، فيه فصّ، أو ليس فيه فصّ بكذا فلوساً، وليست الفلوس عنده، فهو جائزإن تقابضا قبل التّفرّق أو لم يتقابضا، لأنّ هذا بيعٌ، وليس بصرف، فإنّما افترقا عن عين بدين، لأنّ الخاتم يتعيّن بالتّعيين، بخلاف ما سبق، فإنّ الدّراهم والدّنانير لا تتعيّن بالتّعيين. فلهذا شُرط هناك قبض أحد البدلين."[1]

٣٣٧- تجارة العملات عن طريق الفوريكس

وقد شاع في عصرنا التّجارة في العملات عن طريق "سوق العملات الخارجيّة" (Foreign Exchange Trade) والذي يخفّف فيُقال: "فوريكس" (Forex) وهذه سوقٌ تتبادل فيها العُملات بمقدار كبير يبلغ قيمتها ٣٫٨ تريليون ٣٨٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ يوميّاً، ومعظمها لعمليّات المجازفة والتّخمين (Speculation) وإنّ هذه السوق لها طرق مختلفة للتجارة، وإن معظمها تشتمل على محظورات شرعية نذكر بعضها فيما يلي:

١- الأصل في العملات والنّقود أنّها وسيلةٌ لتقويم الأشياء، وليست مقصودةً

---

(١) المبسوط للسّرخسي، باب البيع بالفلوس ١٤: ٢٥

www.besturdubooks.wordpress.com

بنفسها، وإنّ الشّريعة الإسلاميّة لا تستحسن أن تكون هي محلّ التّجارة بنفسها، إلاّ لحاجة حقيقيّة لتبدل بعض العملات ببعض. ولذلك فرضت على بيع النّقود شروطاً وقيوداً فصّلناها أعلاه في مباحث الصّرف. ولكنّ هذه السّوق جعلت العملات محلّ التّجارة بنفسها بما أحدث فساداً كبيراً في النّظام الماليّ المعاصر. وقد شرحتُ ذلك في بحثي "أسباب الأزمة الماليّة وعلاجها في ضوء الشريعة الإسلاميّة". وإنّما حدث ذلك بعدم التّقيّد بأحكام الشّريعة في بيع العملات.

٢- شرحنا فيما قبل أنّ العملات الورقيّة عند كثير من العلماء المعاصرين والمجمع الفقهيّة في حكم الذّهب والفضّة، فيُشترط في مبادلتها التّقابض في المجلس. وإنّ هذا الشّرط مفقود في معظم عمليّات هذه السّوق، فإنّها تنقسم إلى بيع عاجل وآجل. وإنّ التّقابض مفقود فيهما، لأنّ ما يُسمّى "البيع العاجل" (Spot sale) لايقع فيه التّقابض إلاّ بعد يومين من يوم العقد. وأمّا على الموقف الثّالث الّذي شرحناه ورجّحناه، فإنّه يجب في تبادل العملات المختلفة الجنس أن يقع القبض على إحدى العُملتين في مجلس العقد. وهذا الشّرط مفقود أيضاً في هذه السّوق. فإنّما يقع البيع والشّراء عموماً عن طريق الكمبيوتر أو الإنترنيت.

٣- وكثيراً مّا يبيع الإنسانُ ما لايملكه. ولايقع التّسليم والتّسلّم في كثير من عمليّات السّوق، وإنّما يُصفّي الباعةُ والمشترون عمليّاتهم بفروق الأسعار.

٤- وقد تُعطي بورصةُ العُملات فرصةً للإنسان أن يودع فيها مبلغاً أقلّ، ويتّجر بمبلغ أكثر، وتُقدّم البورصة ضماناً للمبلغ الباقي بعمولة تُطالبها من المتعامل بالأكثر، ويُسمّى "البيع بالهامش" (Sale on Margin) وهذا في الحقيقة قرضٌ يتقاضى

www.besturdubooks.wordpress.com

عليه فوائد ربويّة.

٥- ما يشتريه الإنسان عن طريق هذه السّوق عُملاتٌ غير متعيّنة، لأنّ التّعيين في العملات إنّما يتحقق بالقبض، وهو مفقود في معظم العمليّات.

ومن هذه الجهات، فإنّه لايجوز التّعامل شرعاً عن طريق سوق الفوريكس.

أمّا الحاجة الحقيقيّة لتبادل العملات للسّفر أو للتّجارة الدّوليّة، فإنّها تُوفّى عن طريق البيع والشّراء العاديّ من الصّرّافين، بشرط أن يتقيّد المتعامل بالشّروط الشّرعيّة الّتي سبقت.

٣٣٨- الغلاء والرّخص في قيمة النّقود والفلوس

ثمّ إنّ التّماثلَ المطلوب في مبادلة الأموال الرّبويّة أو في استقراضها هو التّماثل في القَدْر، يعني الكيل أو الوزن. وهذا ظاهرٌ من الأحاديث الّتي أوجبت التّماثلَ في هذه الأموال، حيث صرّحت: "الذّهب بالذّهب وزناً بوزن، مثلاً بمثل، فمن زاد أواستزاد فهو ربا." (١)

وعلى هذا الأساس اتّفق الفقهاء على أنّ القيمةَ لااعتبار لها في التّماثل المطلوب، لأنّ الشّريعة قد أهدرت اعتبار الجودة والرّداءة في الأموال الربويّة. ولذلك أجمع الفقهاء على أنّ من اقترض دراهم، فإنّه يردّ إلى المقرض مثل تلك الدّراهم بحسب وزنها، وإن كانت قيمتُها انتقصت عند الأداء أوزادت.

أمّا الفلوسُ، فالجمهور على أنّها في حكم الدّراهم في ذلك، فالتّماثلُ المطلوب في

---

(١) وهذا لفظ مسلم في صحيحه، كما في جامع الأصول لابن الأثير ١: ٢٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

القرض هو التماثل في عدد تلك الفلوس، فإن غلت أو رخصت عند الأداء، لا يرد المستقرض إلا نفس العدد التي اقترضها، وإن كانت قيمتها بالنسبة إلى الدراهم انتقصت يوم الأداء. فمثلاً: لو اقترض أحد مائة فلس، وهي تساوي درهماً واحداً عند الاقتراض، فإنه يرد إلى المستقرض مائة فلس بالعدد، وإن صارت مائة فلس تساوي عند الأداء ثمن درهم. فلا يجوز للمقرض أن يطالبه بأكثر من مائة فلس، بحجة أن قيمة الفلوس قد انتقصت بالنسبة إلى الدراهم. وهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد، وهو المشهور من مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة.(١)

أما الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى، فذهب في قوله الأخير إلى أن الفلوس ليست مثل الدراهم في هذا الحكم، فلو انتقصت قيمتها أو زادت، وجب على المديون أن يرد قيمة تلك الفلوس من الدراهم يوم وقع البيع. مثاله: لو اشترى شيئاً بمائة فلس، وقيمة المائة فلس يومئذ عشرة دراهم، ثم انتقصت قيمة الفلوس، فصارت مائة فلس تساوي تسعة دراهم، فعليه أن يؤدي إلى البائع مائة وأحد عشر من الفلوس، كي تساوي المائة فلس التي وقع عليها البيع بقيمتها يوم البيع. وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى أن جمعاً من المتأخرين أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى.(٢)

أما إذا كسدت الفلوس بعد البيع قبل أداء الثمن، فالحكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يفسد البيع، ويجب على المشتري أن يرد المبيع إن كان قبضه. وإن خرج من ملكه بوجه من الوجوه، أو اتصل بزيادة مانعة من الرد بصنعه، فعليه مثله إن كان

---

(١) راجع تنبيه الرقود لابن عابدين، رسائل ابن عابدين ٢: ٦٠، والزرقاني على مختصر خليل ٥: ٦٠، والحاوي للفتاوى للسيوطي ١: ٩٧، والشرح الكبير على المقنع ٤: ٣٥٨

(٢) تنبيه الرقود على مسائل النقود، رسائل ابن عابدين ٢: ٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

من ذوات الأمثال. وإن لم يكن من ذوات الأمثال، يجب عليه قيمته يومَ القبض من نقدٍ لم يكسد.

وقال أبويوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى: إنّ البيعَ لايفسُد، والبائعُ بالخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس المعقود عليها من الدّراهم. ثمّ اختلف أبويوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى فيما بينهما في وقت اعتبار القيمة، فاعتبر أبويوسف قيمتَها وقت العقد، لأنّه وقتُ وجوب الثّمن، واعتبر محمّد وقتَ الكساد، وهو آخرُ يومٍ ترك النّاسُ التّعاملَ بها، لأنّه وقتُ العجز عن التّسليم.

هذا كلّه في البيع. أمّا إذا اقترض فلوساً فكسدت، فقال فيه السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"إن استقرض عشرة أفلس، ثمّ كسدت تلك الفلوسُ، لم يكن عليه إلاّ مثلُها في قول أبي حنيفة قياساً، وقال أبويوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى: قيمتُها من الفضّة استحساناً، لأنّ الواجبَ عليه بالاستقراض مثلُ المقبوض، والمقبوضُ فلوسٌ هي ثمن، وبعد الكساد يفوتُ صفةُ الثّمنيّة بدليل مسئلة البيع، فيتحقّق عجزُه عن ردّ مثل ما التزم، فيلزمُه قيمتُه، كما لو استقرض شيئاً من ذوات الأمثال، فانقطع المثلُ عن أيدي النّاس."[1]

وإن غلت الفلوس أو رخصت بعد الإقراض، فالخلافُ فيه كمامرّ في البيع. فكان أصلُ مذهب الأئمّة الحنفيّة الثّلاثة أنّ المستقرضَ لايردّ إلاّ مثل ما استقرض، سواء انتقصت قيمتُها أو زادت. ثمّ رجع الإمام أبويوسف رحمه الله تعالى فقال: "عليه قيمتُها من الدّراهم يومَ القبض."[2]

(١) المبسوط للسرخسي ١٤: ٢٩ و٣٠ باب البيع بالفلوس

(٢) رسائل ابن عابدين ٢: ٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٣٩- تغيّر قيمة العملة الورقيّة وأثره في المداينات

وقد نفدت النّقود المعدنيّة اليوم تماماً، كمامرّ تفصيله، وحلّت العملةُ الورقيّة محلّها في معظم المبادلات. وإنّ هذه العُملةَ الورقيّة تختلف من بلدٍ إلى آخر، وتختلف قيمةُ عملةٍ واحدةٍ بالنّسبة إلى عُملةٍ أخرى، وكذلك بالنّسبة إلى الذّهب والفضّة. ويقعُ كثيراً في المبادلات المؤجّلة، وخاصّةً في القروض، أنّ قيمة العُملة تنخفض عند الأداء ممّا كانت عليه عند الإقراض، فإذا وقع أداءُ العُملة بنفس العدد المقترَض، ربّما يتضرّر به المُقرِض، بأنّه لايمكن له الانتفاع بذلك العدد كما كان يمكن له الانتفاع به عند الإقراض.

ولحلّ هذه المشكلة، اقترح بعض الاقتصاديّين ربطَ هذه العُملة بقائمة أسعار ذلك البلد بطريقٍ مخصوصٍ شرحتُه بتفصيلٍ في بحثي "أحكام الأوراق النّقديّة"(١) وقداستدلّ بعضهم على جواز ذلك بمذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى في تغيّر قيمة الفلوس المقترضة، حيث يقول: إنّ الواجب في تلك الحالة ردُّ قيمة الفلوس، دون ذلك العدد. والواقعُ أنّ مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى لاعلاقةَ له بفكرة الدّيون بقائمة الأسعار، لأنّ من المعلوم بالبداهة أنّ التّضخّم والانكماش ووضع قائمة الأسعار وتقويمَ النقود على أساس تلك القائمة، كلّ هذه الأمور أمورٌ حادثةٌ لم تكن متصوّرةً في زمن الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى، فحينما يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى بأداء قيمةِ الفلوس، فإنّه لايمكن أن يُريد به قيمتَها المقدّرة على أساس قائمة الأسعار.

والواقعُ أنّ قول الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى إنّما يتأتّى في فلوسٍ مرتبطةٍ بثمنٍ

---

(١) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، للمؤلف طبع مكتبة دار العلوم كراتشي ١: ١٨٠ فمابعد

www.besturdubooks.wordpress.com

آخر ارتباطاً دائماً يجعلُها كالأجزاء والفكّة لذلك الثّمن. والفلوسُ في الأزمنة المتقدّمة كانت مرتبطةً بنقود الذّهب والفضّة تُقوّم على أساسهما، وتعتبر كالفكّة للنّقود الذّهبيّة والفضّيّة، فكانت عشرةُ فلوس مثلاً تُعادل درهماً واحداً من الفضّة. فكان الفلسُ الواحد يُعتبر عُشرَ الدّرهم الفضّي. أمّا النّقود الورقيّة اليوم، فليست مرتبطةً بثمن آخر، ولامعتبرةً كالأجزاء والفكّة له، وإنما هي أثمانٌ اصطلاحيّة مستقلّة.

وبالتّالي، فإنّ الوقوفَ على قيمة الفلوس حسبما يراه الإمام أبويوسف ممكنٌ تحقيقاً، لأنّها مرتبطةٌ بعيار مضبوط من الثّمن، وهو الدّرهم، بخلاف النّقود الورقيّة، فإنّ الوقوفَ على قيمتها الحقيقيّة حسبَ الاصطلاح الاقتصاديّ المعاصر لايمكن تحقيقاً، وإنّما تكون هذه القيمة مقدّرةً على أساس الخرص والمجازفة، كما أوضحتُه في البحث المذكور. فلا يُقاس هذا على ذاك. وقد سردتُ في ذلك البحثِ الأدلّة النّقليّة والعقليّة على فساد هذه الفكرة، فليُراجعْ عند الحاجة.

ولكن لاشكّ أنّ هناك حاجةً ماسّةً لمعالجة وضع بعض العُملات الّتي وقع فيها انهيارٌ غيرُ عاديّ، مثل اللّيرة اللّبنانيّة، والتّركيّة، والرّوبيل الرّوسيّ، فإنّها انخفضت أكثرَ من مائة في مائة في فتراتٍ قصيرة. ولكن لاتنحلّ مشكلتُها بربطها بقائمة الأسعار، بل ينبغي لفقهاء العصر أن ينظروا: هل يمكن أن يُعتبرَ مثلُ هذاالانهيار في حكم الكساد، والحكم بأداء قيمتها من الذّهب أو الفضّة؟ لأنّ البلادَ الّتي وقع فيها مثلُ هذا الانهيار، ترك النّاسُ التّعاملَ فيها بالعُملة المحلّيّة، خاصّةً في المعاملات المؤجّلة. ولايمكن أن ينضبطَ هذاالحكم بقاعدةٍ عامّة، بل يُنظر في وضع كلّ عُملة حسب ظروفها، والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٤٠- الرّبا في دارالحرب

جمهورُ الفقهاء على أنّ دارالإسلام ودارالحرب سواءٌ في حرمة الرّبا. ولايجوز لمسلم أن يُرابيَ كافراً حربيّا كما لايجوز له أن يُرابيَ مُسلماً. وهو قول مالك والشّافعيّ وأحمد وأبي يوسف وجماهير فقهاء الأمة.[١] وقال أبوحنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى: لاربا بين المسلم والحربيّ، فإن دخل مسلمٌ دارالحرب يجوزله أن يعقد الرّبا مع حربيّ، وذلك لأنّ أموالَ أهل الحرب تُباحُ لمسلم برضاهم مالم يكن فيه غدْر. وقد استُدلّ على قولهم بما أخرجه البيهقيّ عن مكحول مرسلاً أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لاربا بين أهل الحرب، وأظنّه قال: وأهل الإسلام."[٢]

ولكنّ هذا الجوازَ عندهما مشروطٌ بأن يكونَ المسلمُ من دارِ الإسلام ودخل دارَهم بأمان، أو مسلمٌ أسلم في دارالحرب، ولم يهاجِر، فيجوز له أخذُ الرّبا من كافرٍ أومن مسلمٍ أسلم في دارالحرب ولم يُهاجر إلى دارالإسلام. أمّا المسلمُ الأصليّ الّذي كان مُسلماً قبل أن يأتيَ إلى دارالحرب، أو مَن أسلم هناك ثمّ هاجرَ إلينا، ثمّ عاد إليهم، فإنّه لايجوزُ للمسلم أن يأخذَ الرّبا منه.[٣]

ثمّ إنّ بعضَ العُلماء الحنفيّة تأوّلوا في قول أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى، وفرّقوا بين جواز العقد وحِلّة المال، فقالوا: لايجوز لمسلمٍ أن يعقِدَ عقداً فيه رباً، ولو في دارالحرب بالشّروط المذكورة، فلو عقد أحدٌ مثلَ هذا العقد أثِمَ، لكونه عقداً

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ٤: ١٦٢ والمجموع شرح المهذب ٩: ٣٩١ و٣٩٢

(٢) معرفة السنن والآثار للبيهقيّ، بيع الدّرهم بالدّرهمين في أرض الحرب ١٣: ٢٧٦

(٣) هذا ملخص ما في ردّالمحتار، باب الربا، ١٥: ٢٧٩ فقره ٢٤٤٨٣ وإمدادالفتاوى ٣: ١٥٧ رسالة "رافع الضنك عن منافع البنك"

www.besturdubooks.wordpress.com

محظوراً، ولكنّ المالَ الّذي يحصُل له بهذا العقد حلالٌ له. لكونه مالَ حربيٍّ حصل برضاه بدون غدْر. وهذا مثلُ المالِ الّذي حصل عليه الإنسان بشهادة الزُّور في العقود والفسوخ، فإنّه يأثم إثماً شديداً، ولكنّه يملكُ المالَ بقضاء القاضي على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ القضاءَ ينفذ ظاهراً وباطناً، ومثلُ مَن باع حُرّاً إلى مديونه الجاحد بمثلِ قيمةِ دينه، فإنّ العقدَ باطلٌ يأثم به، ولكن يملك به المال. وهذا ما تأوّل به الإمام محمّد قاسم النّانوتويّ في قول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى، واستحسنه الشّيخ أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى أيضاً.[1]

ثمّ إنّ الشّيخ أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى راجعَ المسئلةَ في رسالةٍ أخرى، ورجّح مذهب الجمهور على أساس قوّة الدّليل، وذهب إلى أنّ مذهبَ الجمهور هو الرّاجحُ والمتعيّنُ للإفتاء في زماننا. ورجع في هذه الرّسالة عن كلّ ما كتبه في الموضوع قبل ذلك.[2]

وقد وقع اليومَ شبهُ الاتّفاق بينَ العُلماء الحنفيّة على الإفتاء بمذهب أبي يوسُف والجمهور، وعلى أنّه يحرُم الرّبا في كلّ حال، سواءٌ أكان العقدُ مع مسلم أم مع حربيّ، فلاينبغي أن يُتمسّك الآن بقول أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى في هذا الباب.

---

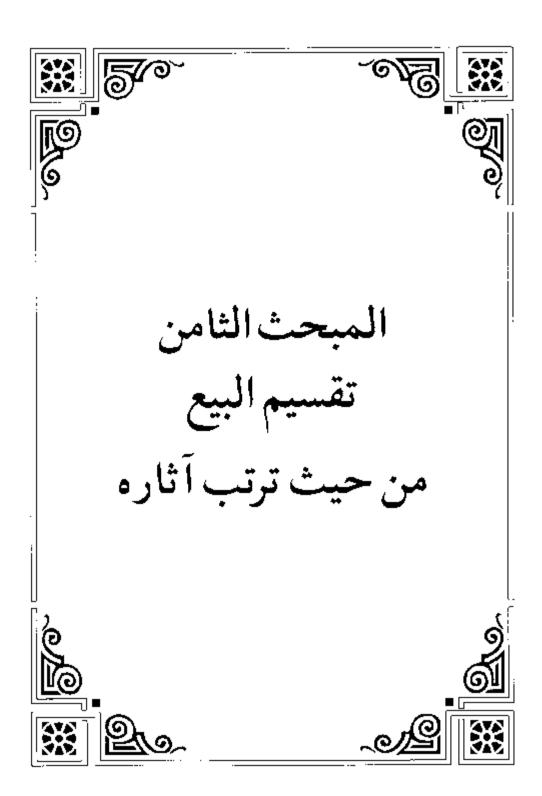
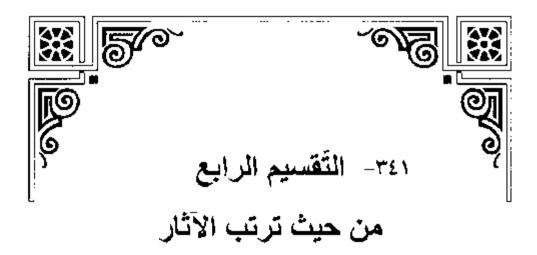
(١) راجع رسالته "تحذير الإخوان عن الربا في الهندوستان" ص٧

(٢) وذلك في رسالته "رافع الضنك عن منافع البنك" وهي مشمولة في إمداد الفتاوى ٣: ١٥٥ إلى ١٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الثامن
تقسیم البیع
من حیث ترتب آثاره

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٤١- التقسيم الرابع

من حيث ترتب الآثار

والتقسيم الرابع للبيع من حيث ترتب آثاره في الدنيا والآخرة. ومن هذه الجهة ينقسم البيع إلى خمسة أقسام:

الأول: البيع الصحيح: والمراد منه ما وقع جائزاً مستجمعاً لشرائط الانعقاد، دون أن يلزم بذلك إثم أو محظور.

الثاني: البيع الباطل: وهو الذي فقد فيه أحد أركان البيع، فلم يترتب عليه أي أثر.

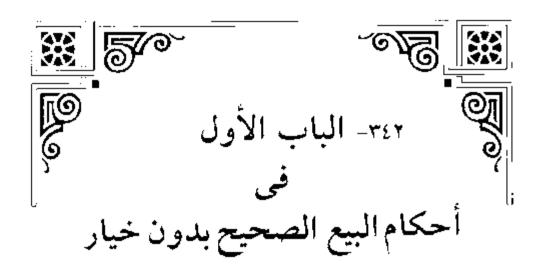
الثالث: البيع الفاسد: وهو الذي استجمع أركان البيع، ولكن فسد بسبب خارج.

الرابع: البيع الموقوف: وهو الذي تأخر ترتب آثاره على إجازة أحد.

الخامس: البيع المكروه: وهو البيع الذي نهي عنه شرعاً لأمر خارج عن صلب العقد، فيأثم به المتعاقدان، ولكنه منعقد بمعنى ترتب آثاره.

ولنتكلم على هذه الأقسام بشيء من التفصيل، والله سبحانه هو الموفق للصواب والسداد.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٤٢- الباب الأول
في
أحكام البيع الصحيح بدون خيار

القسم الأول هو البيع الصحيح، وهو ينقسم إلى قسمين:

الأول: البيع الصحيح النافذ بدون خيار لأحد المتبايعين.

والثاني: البيع الذي فيه خيار لأحد المتبايعين لفسخ البيع.

٣٤٣- البيع بدون خيار

فأما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه لأحد المتعاقدين، فحكمه أنه ينقل ملك المبيع إلى المشتري إن لم يكن مسلمًا، فيجب على المشتري تسليم الثمن، ويجب على البائع تسليم المبيع. فإن كان بيع سلعة بنقد وجب على المشتري عند الحنفية تسليم الثمن أولاً، وإن كان مقايضة وجب تسليمهما معًا.[١] وقد ذكرنا مذاهب الفقهاء في هذا الموضوع في مبحث البيع الحالّ.

ومن أحكامه أن البيع الصحيح إن كان حالاً فللبائع حقُّ حبس المبيع حتى يقبض

---

(١) انظر البحر الرائق تحت قول الكنز: "ومن باع سلعة بثمن سلّمه أولاً وإلا معًا" ٥: ٣٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الثمن، وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيعُ حاضراً، لأنَّ البيع عقد معاوضة. والمساواةُ في المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادةً، وحقّ المشتري في المبيع قد تعيّن بالتعيين في العقد، وحقّ البائع في الثمن لم يتعيّن بالعقد، لأنّ الثمن في الذمّة، فلا يتعيّن بالتعيين إلا بالقبض، فيسلّم الثمن أولاً ليتعيّن، فتتحقّق المساواة.

أمّا إذا كان المبيعُ غائباً عن حضرتهما، فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يُحضَر المبيع، لأنّ تقديمَ تسليم الثمن لتتحقّق المساواة، وإذا كان المبيعُ غائباً، لاتتحقّق المساواةُ بالتقديم، بل يتقدّم حقُّ البائع ويتأخّر حقُّ المشتري، حيث يكونُ الثمن بالقبض عيناً مشاراً إليه، والمبيعُ لا، ولأنّ من الجائز أنّ المبيع قد هلك وسقط الثمنُ عن المشتري، فلايؤمر بالتسليم إلا بعد حضور المبيع، سواءً أكان المبيع في ذلك المصر أم في موضع آخر، بحيث تلحقه المؤنة بالإحضار.[1] وراجع أيضاً ما كتبناه في مبحث البيع الحالّ والمؤجّل.

٣٤٤- متى ينتقل ضمان المبيع إلى المشتري؟

هنالك حالتان لانتقال ضمان السلعة إلى المشتري. الحالةُ الأولى: انتقالُ ضمانها قبل إنجاز البيع. والحالةُ الثانية: انتقالُ الضمان بعد إنجاز البيع. وكلتا الحالتين لها أحكامٌ تخصّها.

أمّا انتقالُ الضمان في الحالة الأولى، فهو في حالة القبض على سوم الشراء. وفيه تفصيل يأتي:

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٨٨ و ٤٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٤٥- الضّمان فی المقبوض علی سَوم الشّراء

وممّا یجب معرفتُه فی هذا الباب أنّ قبضَ المشتری علی السّلعة قبل إنجاز البیع علی قسمین:

الأوّل: أن یأخُذ إنسانٌ سلعةً من بائعها قبلَ المساومة أوبیانِ الثّمن، لمجرّد النّظر فیه. وقد ذکره بعضُ الفقهاء الحنفیّة باصطلاح "القابض علی سَومِ النّظر". والقابضُ فی هذا القسمِ أمینٌ، وقبضُه قبضُ أمانة. فلو هلکت السّلعةُ فی یده، لایضمَن شیئاً، إلاّ أن یکون متعدّیاً أو مقصّراً فی حفظها، کما هو حکمُ قبضِ أمانة.

والقسم الثّانی: أن یقبضَ السّلعةَ بعد المساومة بنیّة الشّراء وبیانِ الثّمن، ولکن قبل إنجاز البیع. وهو الّذی یُسمّی "القابض علی سَوم الشّراء". فلو هلکتْ السّلعةُ بیده قبل إنجاز البیع، لایضمنُها عند المالکیّة، فإنّ قبضه قبضُ أمانة عندهم.[1] وإنّ القانون الانکلیزیّ جری علی ما جری علیه مذهب المالکیّة، حیثُ جعل المساومَ القابضَ فی حکم الأمین أوالمستعیر (Bailee[2]) وحکمُه فی القانون أنّه لا یضمن إلاّ بالتّعدّی أو التّقصیر.[3]

أمّا عند الحنفیّة والشّافعیّة والحنابلة، فإنّ القابضَ إن قبضَه علی وجه المساومة، فإنّه ضامنٌ، وإن لم یکن متعدّیاً أو مقصّراً. ورُوِيَ عن لإمامِ أبی حنیفة رحمه الله تعالی

---

(١) قال القرافيّ رحمه الله تعالی: "ونحن نقول: القبض للسّوم لایوجب الضّمان." (الذّخیرة للقرافي، کتاب الحمالة ٩: ٢١٧) وسیأتی مآخذ المذاهب الثلاثة

(٢) Pollock & Mulla, On Sales of Goods Act, Section 4, P.77, Para7

(٣) Chitty: On Contracts, Chapter 2, Para 2205.

www.besturdubooks.wordpress.com

أنّه قال: "رجلٌ قال لغيره: "هذا الثّوبُ لك بعشرة. فقال ذلك الرّجل: "هاته، حتّى أنظرَ إليه" أو قال: "حتّى أراه." فأخذه على هذا وضاع منه، فلاشيئ عليه. ولو قال: "هاته، فإن رضيتُه أخذتُه." فضاع، فهو على ذلك الثّمن."[١]

وذكر ابنُ عابدين عن القنية: "أخذ منه ثوباً وقال: إن رضيتُه اشتريتُه، فضاع، فلا شيئ عليه. وإن قال: إن رضيتُه، أخذتُه بعشرة. فعليه قيمتُه، ولو قال صاحبُ الثّوب: هو بعشرة، فقال المساوم: هاته حتّى أنظر إليه، وقبضه على ذلك وضاع، لم يلزمه شيئ."

ووجّهه ابنُ عابدين رحمه الله تعالى بقوله: "ووجهُه في الأوّل أنّه في الأوّل لم يُذكر الثّمن من أحد الطّرفين، فلم يصحَّ كونُه مقبوضاً على وجه الشّراء، وإن صرّح المساومُ بالشّراء. وفي الثّاني، لما صرّح بالثّمن على وجه الشّراء صار مضموناً. وفي الثّالث، وإن صرّح البائعُ بالثّمن، لكنّ المساوم قبضَه على وجه النّظر، لا على وجه الشّراء، فلم يكُن مضموناً. وبهذا يظهر الفرقُ بين المقبوض على سوم الشّراء والمقبوض على وجه النّظر."[٢]

ويُقاربه مذهب الحنابلة، حيثُ قالوا: "يساومُ إنساناً على عين، ويقطعُ ثمنها أو لم يقطعه، ثمّ يأخذها لتُريَها أهله، فإن رضُوها، وإلا ردّها، ضمِنه... إلاّ إن أخذه بإذن ربّه لتُريَه أهله، فإن رضُوه، أخذه، وإلاّ ردّه، من غير مُساومة ولا قطع ثمن، فلا يضمنه."[٣]

---

(١) المحيط البرهاني، كتاب البيوع، الفصل الأوّل ٩: ٢٢٣
(٢) ردالمحتار، باب خيار الشرط ٤: ٢٧٧ فقره ٢٢٦٥١
(٣) الإقناع (مع كشاف القناع)، باب الضمان والكفالة، ٣: ٣٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا الشّافعيّة، فذكروا أنّ المقبوضَ بالسّوم مضمونٌ بالقيمة،[١] وقال القليوبي:

"المأخوذُ بالسّوم مضمونٌ كلُّه إن أخذه لشراء كلّه، وإلاّ فقدرُ ما يُريد شراءه. فلو أخذ خرقةً عشرة أذرع لشراء خمسة منها، لم يضمن الخمسة الثّانية، لأنّها في يده أمانة."[٢]

ولم يُصرّحوا بالتّفريق بين حالة النّظر وحالة السّوم، ولكنّ الظّاهرَ أنّه ملحوظٌ عندهم، حيثُ ذكروا الضّمانَ في حالة السّوم فقط. وقد عرّفه ابن حجر رحمه الله تعالى بقوله: "وهو ما يأخذه مُريد الشّراء ليتأمّله أيُعجبه أم لا."[٣]

وإنّ الفرق بين الحالتين دقيق، والّذي يظهر أنّ القبضَ إن كان على وجهِ الشّراء بأن ظهرت إرادةُ المشتري بالشّراء بعد وُضوح الثّمن، وإنّما قبضه ليتروّى، أو ليُريَه أهله قبل البتّ، فإنّه مقبوضٌ على سَوم الشّراء، ومضمونٌ على القابض. أمّا إن لم تظهر إرادتُه للشّراء، بل صرّح القابضُ بأنّه يقبضُه للنّظر فقط، فإن بدا له بعد النّظر اشتراه، فهو مقبوضٌ على وجه النّظر، وليس مضموناً عليه. ولذلك عرّفت مجلّةُ الأحكام العدليّة "المقبوض على سَوم الشّراء" بما يأتي:

"وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريَه مع تسمية الثّمن."

وقال الأتاسيّ رحمه الله تعالى في شرحه:

"إنّ المساوِم إذا قبض المبيع وهلك في يده لاضمانَ عليه، إلاّ إذا كان القبضُ

---

(١) المجموع شرح المهذّب، باب بيع المصراة والرد بالعيب ١٢: ٢٨٠

(٢) حاشية القليوبي على المحلّي، باب المبيع قبل قبضه من ضمان البائع ٢: ٢١٤

(٣) تحفة المحتاج، باب في حكم المبيع قبل قبضه وبعده ٤: ٤٠٤ و٤٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

على سوم الشراء، وحصلت تسمية الثمن ورضي الجانبان، يعني البائع والمساوم، بماذكر حقيقة أو حكماً. فالأول ظاهر، والثاني بأن يصرح أحدهما بما ذكر، ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به."[1]

فالّذي يظهر منه أنّ القابض يعتبر على سوم الشراء إذا توافر فيه شرطان: الأول: أنّه رضي بالثمن، والثاني: أنّه يريد الشراء، وما بقي إلاّ البتّ فيه.

ثمّ صرّح الحنفيّة والحنابلة بأنّ المقبوض على سوم الشراء مضمونٌ بالقيمة لا بالثمن. وهو مقتضى إطلاق الشافعيّة بكونه مضموناً، لأنّ كلّ ما كان مضموناً على إنسان، فهو مضمونٌ بقيمته، كما في الغصب وغيره. ولكن ذكر متأخرو الحنفيّة أنّ المقبوض على سوم الشراء إن هلك بغير فعلٍ منه، فهو مضمونٌ بالقيمة، ولكن إن استهلكه، فإنّه يضمن الثمن،[2] وعلّلوه بأنّ استهلاكه بمنزلة تنفيذ البيع، ولو نفّذ البيع، وجب عليه الثمن، فكذا ههنا.[3]

والّذي يظهر لي، والله سبحانه أعلم، أنّ الاستهلاك إن كان باستعمال المبيع، فإنّه يعتبر تنفيذاً للبيع، فيجب الثمن. أمّا إن كان الاستهلاك بتفريطٍ في حفظه، فلا ينبغي أن يعتبر تنفيذاً للبيع، فينبغي أن يضمن بالقيمة.

٣٤٦- المقبوض للتّجربة

وجرت العادة أنّ البائع قد يسلّم المبيع إلى المساوم للتّجربة، مثل أن يريد بيع

(١) شرح المجلة للأتاسي، ٢: ٢٢٨ مادة ٢٩٨

(٢) وما ذكرناه عن القنية من رواية أبي حنيفة أنه " فهو على ذلك الثمن" فلعلهم حملوه على حالة الاستهلاك.

(٣) راجع لتفصيله ردالمحتار، باب خيار الشرط ١٤: ٢٧٧ إلى ٢٧٩ فقره ٢٢٦٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

السيارة، فأذن لمن يريد شراءها أن يشغلها ويستعملها لتجربتها. فلو كان ذلك قبل إنجاز البيع، وقبل ميلان المشتري أو قبل تعيين الثمن، فإنه أمانة بيد المشتري مثل المقبوض على سوم النظر[1]. وإن كان بعد ميلان المشتري وتعيين الثمن، فإنه في حكم المقبوض على سوم الشراء. وإن كان بعد إنجاز البيع، فإنه يجوز بطريق خيار الشرط بشروطه، ولا يسقط الخيار باستخدام المبيع للتجربة.[1] والله سبحانه أعلم.

٣٤٧- ضمان المبيع بعد البيع

أما ضمان المبيع بعد البيع، ففيه تفصيل في الوقت الذي ينتقل فيه ضمان المبيع من البائع إلى المشتري. فمذهب الحنفية والشافعية أن المبيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يسلمه إلى المشتري، وذلك لأن الضمان عندهم إنما ينتقل من البائع إلى المشتري بقبض المشتري للمبيع، لا بمجرد العقد؛ فلو هلك المبيع بعد قبض المشتري، هلك من مال المشتري، ولو حدث عيب فيه بعد قبضه لا يثبت له خيار العيب، وإن ثبت عيب بعد العقد لكن قبل قبض المشتري للمبيع، يثبت له الخيار[2].

أما المالكية والحنابلة، فقد فرقوا بين ما إذا كان المبيع يتعلق به حق التوفية، فيحتاج إلى قبض المشتري لانتقال الضمان إليه، وما لا يتعلق به حق التوفية ينتقل ضمانه إلى المشتري بمجرد العقد. وفسروه أن المبيع إذا بيع بالكيل، أو الوزن، أو العد، أو الذرع، فيتعلق به حق التوفية، وكذلك إذا بيع المبيع بصفة، بأن لم يتعين ذات المبيع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ١٩ إلى ٢١

(٢) بدائع الصنائع ٥: ٢٤٦، وتكملة المجموع للعلامة السبكي رحمه الله تعالى باب بيع المصراة ١٢: ١٢٤

وقتَ العقد، لكن بيّن البائعُ صفاتِ المبيع بيانًا معتبرًا، بأن بيّن البائعُ وصفَ سيّارة للمشتري بيانًا معتبرًا، فاشتراها المشتري على وفق الوصف، أو اشتُرِيَ المبيعُ برؤية متقدّمة بأن كان المبيعُ غائبًا عند العقد، لكن كان قد رآه المشتري قبل العقد، مثل أن يقع العقد على سيّارة غائبة عن العاقدين وقتَ العقد، لكن كان قد رآها المشتري قبلَ العقد بمدّة لايتغيّر فيه المبيعُ عادةً، فيكونُ في حكم ما يتعلّق به حقُّ التّوفية. فالضّمانُ في هذه الصّور إنّما ينتقل إلى المشتري بقبضه للمبيع قبضًا معتبرًا.

أمّا غيرُه من المبيعات، فلم يتعلّق بها حقُّ التّوفية، وذلك كالمبيع المعيّنِ الحاضرِ وقتَ العقد، مثل السيّارة المعيّنة الحاضرة عند العاقدين وقتَ العقد، أو الصُّبرة المعيّنة من الطّعام إذا بيعت جزافًا، فمثلُ هذا المبيع لا يُفتَقَر فيه إلى القبض، لأنّ ضمانَه ينتقل إلى المشتري بمجرّد العقد.[1]

ودليلُهم في ذلك ما أخرجه البخاريُ عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما تعليقاً قال:

"ما أدرَكَتِ الصّفقة حيّاً مجموعاً فهو من المبتاع."[2]

---

(١) هذا ملخص كلام الدردير والدسوقي رحمهما الله من المالكيّة (ليراجع الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي عليه ٣: ١٩٥ ومابعدها؛ والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه ٣: ١٤٤ وما بعدها) وكلام الزركشي والمرداوي رحمهما الله تعالى من الحنابلة وتصحيحهما في الروايات الكثيرة المروية في مذهب الحنابلة (ليراجع شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣: ٥٣٠ وما بعدها و الإنصاف ٤: ٤٦٠ ومابعدها، و٤: ٤١٥، وكشاف القناع ٣: ٢٠٣ أول "فصل في خيار العيب")

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذااشترى متاعاً أودابّة فوضعه عند البائع الخ

www.besturdubooks.wordpress.com

وفسّروه بالمبيع الحاضر المتعيّن، وأنّه من ضمان المبتاع. ويمكنُ أن يُفسّره الّذين يشترطون القبض لانتقال الضّمان بأنّ قوله "من المبتاع" أو "من مال المبتاع" (كما وقع في رواية الطّحاوي والدّارقطني) دالٌّ على انتقال الملك دون الضّمان، والله سبحانه أعلم.

٣٤٨- مسألة وضع الجائحة في بيع الثّمار على الأشجار

وكذلك اختلف الفقهاء في انتقال الضّمان إذا كان المبيعُ ثماراً على رؤوس الأشجار. وضمانُها على نوعين: الأوّل: ضمانُ الهلاك أو النّقصان بسبب الجائحة، والثّاني: ضمانُه بسبب غير الجائحة، مثل الغصب أو السّرقة. فأمّا الحنفيّة والشّافعيّة، فلا فرقَ عندهم بين النّوعين، فينتقل ضمانُ الثّمار إلى المشتري بالقبض أو التّخلية في جميع الأحوال. أمّا عند المالكيّة، فينتقل ضمانُ غير الجائحة بمجرّد العقد.[1] ولعلّ ذلك من أجل أنّ الثّمار حاضرةٌ بيعت مجازفةً، فلم يتعلّق بها حقُّ التّوفية، فانتقل الضّمانُ بمجرّد العقد على أصلهم الّذي بيّناه من قبل.

ومقتضى ذلك أن يكون الحكمُ عند الحنابلة مثله، لأنّ قولهم في ما لا يتعلّق به حقُّ التّوفية مثلُ قول المالكيّة. فينبغي أن ينتقل ضمانُ الغصب وغيره إلى المشتري بمجرّد العقد، وهوقولٌ ذكره المرداويّ رحمه الله تعالى عن عدّة علماء الحنابلة، ولكن ذكر أنّ المذهب فيه أنّ المشتري يُخيّر بين فسخ العقد أو الإمضاء ومطالبة المتلف، كإتلاف المبيع المكيل أو الموزون.

أمّا النّوع الأوّل من الضّمان، وهو ضمانُ الجائحة، فإنّه ينتقل من البائع إلى المشتري

---

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي عليه ٣: ١٩٩

إذا صارت الثّمارُ بحيث يُؤمَنُ عليها من الجائحة عند المالكيّة[1] أو حان أوانُ جزازها عند الحنابلة.[2] فمدارُ انتقال الضّمان عندهم على زوال وقت الجائحة، وليس على القبض أو العقد. فإن أصابتها الجائحةُ في هذه المدّة، فإنّها من ضمان البائع. وتُوضَعُ عن المشتري بشروطها المختلفة في المذهبين، كما سيأتي. وإن أصابت بعدها كانت من ضمان المشتري.[3]

وإنّ اختلاف المالكيّة والحنابلة عن الحنفيّة والشّافعيّة في الجوائح إنّما يتأتّى فيما إذا بيعت الثّمار بعد بدو الصّلاح لابشرط القطع. وعلى هذا، فمسئلةُ ضمان الجوائح لها صورٌ آتية:

١- الأولى: أن يبيعها قبل بُدُوِّ صلاحها بشرط التّبقية على الأشجار، ثمّ يصيبُها آفةٌ، فالحكمُ فيها أنّ الآفة من ضمان البائع بالإجماع، ولا يُطالب المشتري بالثّمن؛ لأنّ هذا النّوع من البيع فاسدٌ إتّفاقاً في القول المشهور بين الأئمّة الأربعة. أمّا على ما أفتى به بعضُ المتأخّرين من الحنفيّة من جواز هذا الشّرط لكونه شرطاً معروفاً، كما بيّنّاه

---

(١) وفسر الدردير رحمه الله تعالى الأمن بقوله "الأمن يكون بتمام طيبها" الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣: ١٩٩

(٢) كما يظهر من قول ابن قدامة رحمه الله تعالى: "فإن بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزّها حتّى اجتيحت فقال القاضي عندي لا يوضع عنه لأنّه مفرط بترك النّقل في وقته مع قدرته فكان الضّمان عليه." (المغني لابن قدامة ٤: ٢١٧)

(٣) فمثلا يشترط عند المالكيّة أن تُهلك الجائحة ثلثَ الثمر فأكثر لوضعها عن المشتري فإن أتلفت أقل من الثّلث لا توضع عن المشتري عندهم بينما الصحيح من مذهب الحنابلة أن المدار على العرف في وضع الجائحة، فما جرى العرف بوضعها قليلة كانت الجائحة أو كثيرة، توضع عن المشتري والقدر الّذي لم يجر العرف بوضعه لا يوضع عن المشتري. (المغني ٤: ٢١٦)

www.besturdubooks.wordpress.com

في الشرط الثالث من شروط المبيع، فالظاهر أنه إن كان هذا الشرطُ من المشتري بعد أن كان البائعُ راضياً بالتخلية، وصرح بذلك، فضمانُه على المشتري، وإن لم يكن البائعُ رضيَ بالتخلية، فينبغي أن يكونَ ضمانُ الجائحة عليه عند الحنفيّة، لأنَّ مدارَ انتقال الضمان عندهم على التخلية، والله سبحانه أعلم.

٢- الثانية: أن يبيعَها قبل بدوّ الصّلاح أو بعده بشرط القطع، ولا يُخلّي بينها وبين المشتري، ولا يقبضُها المشتري، حتّى تصيبَها آفةٌ فتهلِك. فالضّمانُ ههنا أيضاً على البائع بالإجماع. ولو خلّى بينها وبين المشتري، واشترط القطعَ، ثمّ لم يقطعِ المشتري، فهو من ضمان المشتري بالإجماع.[1]

٣- الثالثة: أن يبيعَها قبل بدوّ الصّلاح أو بعده من غير اشتراط شيء، ثمّ يحينُ الجذاذُ، وتصيبُها آفةٌ قبل أن يجذَّها المشتري. فالآفةُ من ضمان المشتري بالإجماع، ولا خلافَ أنّ البائع يُطالبُه بالثّمن.

٤- الرّابعة: أن يبيعَها بعد بدوّ الصّلاح لا بشرط القطع، ويُخلّي بينها وبين المشتري، ثمّ تصيبُها آفةٌ فتهلِكُ. وهذا موضعُ خلافٍ بين الفقهاء، واختلفوا فيه على أقوال:

الأوّل: أنّه من ضمان المشتري مطلقاً، وهو مذهب أبي حنيفة، والليث بن سعد، والشافعيّ في الجديد، وأبي جعفر الطّبري، وداود، والثّوريّ وجمهور السّلف، كما في عمدة القاري.[2]

---

(١) قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولو اشترى ثمرةً قبل بدوّ صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتّى تلفت فهي من ضمانه، لأنّ تلفها بتفريطه وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها. (المغني ٤: ٢١٧)

(٢) عمدة القاري: ٥: ٥٥٤، فتح الباري ٤: ٣٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الثاني: أنّ ما تلف من ذلك إلى الثُلث، فهو من مال المشتري، فإن كان الثُلثَ فصاعدًا فهو من مالِ البائع، وهو مذهبُ مالكٍ ويحيى بنِ سعيدٍ الأنصاريّ وسائرِ أهلِ المدينة، كما في الحجّة للإمام محمّد والمغني لابن قدامة.[1] ثمّ هذا الثُلثُ يُعتبر عند ابنِ القاسم بالكيل، وعند أشهب بالقيمة، وراجع لتفصيله بدايةَ المجتهد.[2]

الثالث: أنّ القدرَ التّالفَ بالجائحة كلّه من ضمان البائع، قلّ ذلك أو كثُر، إلّا ما جرت العادةُ بتَلَفِ مثلِه، كالشّيء اليسير الّذي لا ينضبط، وهو قول أحمدَ بنِ حنبلٍ وأبي عبيدٍ والشافعيّ في قوله القديم رحمهم الله تعالى جميعًا. كذا في المغني لابن قدامة والإنصاف للمرداويّ والمحلّى لابن حزم.[3]

استدلّ الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله بإطلاق حديث مسلم، حيث قال فيه صلّى الله عليه وسلّم: "فأصابته جائحةٌ، فلا يحلّ لك أن تأخذ منه شيئاً"[4] ولا فرقَ بين القليل والكثير، ولا بين الثُلث وما دونه.

وأمّا مالكٌ رحمه الله، فقد استدلّ بذلك الحديث أيضًا، غير أنّه استثنى منه الثُلثَ لقلّته. وقال ابن رُشد في بداية المجتهد: "والمالكيّةُ يحتجّون في مصيرهم إلى التّقدير في وضع الجوائح، وإن كان الحديثُ الواردُ فيها مطلقًا، بأنّ القليلَ في هذا معلومٌ من حكم العادة أنّه يُخالِفُ الكثيرَ، إذ كان معلومًا أنّ القليلَ يذهبُ من كلّ ثمر، فكأنّ المشتريَ دخل على هذا الشّرط بالعادة، وإن لم يدخل بالنُّطق... وإذا وجب الفرقُ، وجب أن يُعتبر فيه الثُلثُ، إذ قد

---

(١) الحجّة على أهل المدينة ٢: ٥٥٦، والمغني لابن قدامة ٤: ١٠٤

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٨٦، شرح الأبي ٤: ٢٣٢

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٠٦، والإنصاف للمرداوي ٥: ٧٤، المحلّى لابن حزم ٨: ٣٨٤

(٤) صحيح مسلم، باب وضع الجوائح، حديث ٣٩٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

اعتبره الشرعُ في مواضعَ كثيرة." وقد مثّل له ابنُ قدامة في المغني[١] بالوصيّة وعطايا المريض، ويتساوى جراحِ المرأة جراحَ الرّجل إلى الثُّلث، ولأنّ الثُّلثَ في حدّ الكثرة، وما دونه في حدّ القلّة، بدليل قولِ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم في الوصيّة: "الثُّلثُ، والثُّلثُ كثير"[٢]، فيدلّ هذا على أنّه آخرُ حدّ الكثرة، فلهذا قدّر به."

وأمّا الحنفيّةُ والشّافعيّةُ فاستدلّوا بدلائلَ آتية:

١- أخرج مالك في باب الجائحة في بيع الثّمار والزّروع عن عمرة بنت عبد الرّحمن: "ابتاع رجلٌ تمرَ حائطٍ في زمان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فعالجه وقام فيه، حتّى تبيّن له النّقصانُ، فسأل ربَّ الحائط أن يضعَ له أو أن يُقيله، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أمُّ المشتري إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فذكرت ذلك له، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: "تألّى أن لا يفعلَ خيرا.""[٣]

ووجه الاستدلال به أنّ وضعَ الجائحة لو كان واجبًا لأجبره عليه، ولكن النّبيَّ صلّى الله عليه وسلّم لم يجبرْهُ على ذلك، وإنّما لامه على ترك الإحسان، وقد أخرج الشّيخان هذه القصّة، ولفظهما: "أين المتألّي على الله لا يفعل المعروف؟" وأخرجه البخاريّ في الصُّلح، وترجم عليه "باب هل يشيرُ الإمامُ بالصّلح؟". فلفظ "المعروف" و"الخير" يدلّان على أنّ هذا الوضعَ كان من قبيل الإحسان، لا من قبيل الوجوب، ولذلك ذكره البخاريُّ في الصُّلح، ومسلمٌ في استحباب وضع الدّين، وكلا الشّيخين

---

(١) المغني ٤: ١٠٦، وبداية المجتهد ٢: ١٨٨

(٢) صحيح البخاري، باب الوصية بالثلث، حديث ٢٧٤٣

(٣) أخرجه مالك ص ٥٧٥ و٥٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

قد أعقب هذا الحديثَ بقصّة كعبٍ وابنِ أبي حَدْرَدٍ، والأمرُ بوضع الدَّين هناك للاستحباب بالإجماع.

٢- استدلّ الإمام محمّدٌ رحمه الله في كتابه "الحُجّة على أهل المدينة" بما أخرجه هو بسنده إلى سليمانَ بنِ يسارٍ عن سعدِ بْنِ أبي وقّاصٍ:

"أنّه باع[١] من عبد الرّحمن بن عوف رضي الله عنه عِنَبًا له بالعقيق، فجاء بالبيّنة أنّه كان باعه على أنّه كان أصابه الجرادُ، فأذهبه أو أكثرَه، فاختصما إلى عثمان بن عفّان رضي الله عنه، فقضى بالثّمن وافيًا على عبد الرّحمن، بردّ الثّمن إلى سعدٍ، وقال: هو من مال الله، مَنْ على هذا وابتلاك به."

وفي إسناد هذا الأثر موسى بنُ محمد بن إبراهيمَ بنِ الحارثِ التيميُّ، ضعّفه أكثرُ المحدّثين، وقال الواقديُّ: كان فقيهًا محدّثًا، وكذلك قال يعقوبُ بنُ شيبة، وقال ابنُ سعدٍ: كان كثيرَ الحديث، وله أحاديثُ مُنْكَرَةٌ،[٢] وأمّا أبوه الّذي روى عنه هذا الأثرَ فهو محمّدُ بنُ إبراهيمَ بنِ الحارثِ التّيميُّ، وهو من ثقات التّابعين، وقد أخرج

---

(١) وليُتنبّه أنّه وقع في النّسخة المطبوعة بلاهور من كتاب الحجة (٢: ٥٥٩): "ابتاع" مكان "باع" ولكن ذكر محقّقها الشّيخُ مهدي حسن أنّه كان في الأصل "باع". ولكن غيّره الشّيخ مهدي حسن فجعله "ابتاع"، اعتمادًا على ما وقع في رواية ابن حزم لهذا الأثر في المحلّى: ٨: ٣٨٦، ولكن لم يتنبّه الشّيخُ رحمه الله على أنّ محمّدًا رحمه الله إنّما يذكر هذا الأثر في معرض استدلاله به على عدم وضع الجائحة عن المشتري، فلو كان سعدٌ مشتريًا لما صحّ استدلاله به. فالظّاهر أنّه كان في رواية محمّد رحمه الله "باع" كما وقع في الأصل، ولا يصحّ تغيير رواية محمّدٍ إلى ما رواه ابن حزم، فلذلك ذكرتُ الأثرَ على ما وقع في أصل كتاب الحجّة. والله أعلم.

(٢) التّهذيب ١٠: ٣٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

له الشيخان، كما في التهذيب.[1]

وبالجملة، فاستدلال مجتهد مثل الإمام محمد بهذا الأثر دليل على ثبوته عنده، وحسّن شيخنا العثماني إسناده في إعلاء السنن.[2]

ثم إنّ مذهب الحنفية والشافعية موافق للأصول الثابتة؛ لأنّ المبيع إذا خُلّي بينه وبين المشتري صار في ضمان المشتري، ولا فرق بين الثمار والثياب وغيرها. وعلى قول المالكية والحنابلة توضع جوائح الثمار، ولا توضع آفات غيرها من المبيعات.

وأمّا حديث جابر: "أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم أمر بوضع الجوائح."[3] فيمكن تأويله على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يكون الأمر بوضع الجوائح للندب، لا للوجوب، كما وقع في حديث عمرة بنت عبد الرحمن: "تألّى أن لا يفعل خيرا."

الثاني: أن يكون الأمر للوجوب، ويكون محمولاً على ما بيع قبل بدو الصلاح وأصابته الجائحة قبل قبض المشتري؛ فإنّ الجائحة حينئذ تكون من مال البائع بالإجماع. ومما يؤيّده أنّ الشافعي رحمه الله أخرجه في الأم[4] عن سفيان عن حميد بن قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر: "أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع السنين، وأمر بوضع الجوائح" مما يدلّ على أنّ السياق في بيع السنين. وفيه لا يتحقّق قبض المشتري. وكذلك ما ورد في حديث أنس رضي الله تعالى عنه: "نهى

---

(١) التهذيب ٩: ٦

(٢) إعلاء السنن ١٤: ٣٤٦

(٣) صحيح مسلم، باب وضع الجوائح، حديث ٣٩٥٣

(٤) الأم للشافعي ٤: ١١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

عن بيع ثمر النّخل حتّى تزهو." ثمّ قال: "أرأيتك إن منع الله الثّمرة، بم تستحلّ مالَ أخيك؟" وهذا عينُ ما قال في آخر حديث جابر: "بِمَ تأْخُذُ مالَ أخيك بغير حقٍّ".[1] فظهر أنّ سياقَ حديثِ جابرٍ في ما لم يَبْدُ صلاحُه، ولم يقبضْه المشتري.

٣٤٩– بقاء المبيع في ضمان البائع بعد قبض المشتري (العُهدة)

وهناك مسئلةٌ أخرى اختصّ بها المالكيّة في موضوع انتقال الضّمان، و هي مسألة "العُهدة". والمراد منها أنّه يبقى المبيعُ في ضمان البائع إلى مدّة معلومة بعد قبض المشتري. وهوروايةٌ مرجوحةٌ في مذهب الحنابلة أيضاً، ولكنّها غيرُ معمول بها عندهم، حتّى قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى: "لا يصحّ فيه حديثٌ".[2]

قال الدّردير رحمه الله تعالى: "العُهدة لغةً من العهد، وهو الإلزام والالتزام، واصطلاحاً: تعلّقُ المبيع بضمان البائع مدّةً معيّنة،"[3] والعُهدة إنّما تُعتبرُ في الرّقيق عند المالكيّة، جاء في المدوّنة:

"قال ابن وهب: قال لي مالك: لا عهدة عندنا إلاّ في الرّقيق."[4]

ومعناه: أنّ ضماناً مخصوصاً يستمرُّ على البائع بعد قبض المشتري للرّقيق المبيع.

---

(١) صحيح مسلم، باب وضع الجوائح، حديث ٣٩٥٠

(٢) قال المرداويّ رحمه الله تعالى: "وعنه عهدة الحيوان ثلاثة أيام. وعنه ستة. وقال في المبهج: وبعد السنة. والمذهب: لا عهدة. قال الإمام أحمد: لا يصح فيه حديث." (الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٤: ٤١٥) وليراجع أيضا المغني ٤: ٢٤٢

(٣) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣: ١٤١

(٤) المدوّنة الكبرى، آخر فصل "ما جاء في عهدة الثلاث" من "كتاب التدليس" ٣: ٣٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والعُهدة عندهم قسمان: الأوّل: عُهدة الثلاث، وهي أن يستمرّ ضمانُ البائع في الرّقيق المبيع لثلاثة أيّام كاملةٍ بعد يوم البيع.[1] فللمشتري أن يردّ الرّقيقَ بكلّ عيب معتبر حدث فيه في هذه المدّة، وعلى البائع نفقتُه وكسوتُه. كما أن المعوّل عليه عند المالكيّة أنّ الغلّة الحاصلة للرّقيق في هذه المدّة للبائع.[2]

والقسم الثّاني للعهدة: هو عُهدة السّنة، وهي أن يستمرّ ضمانُ البائع في الرّقيق المبيع للأمراض الثّلاثة: البرص والجُذام والجنون سنةً كاملةً بعد قبض المشتري له، فإن حدث شيءٌ من هذه الأمراض عند المشتري في السّنة الّتي تلي عقدَ البيع واستمرّ إلى انقضائها، أو لم يستمرّ لكن قال أهلُ المعرفة بعوده، فللمشتري ردُّه إلى البائع.[3] والنّفقةُ والضّمانُ في عُهدة السّنة من المشتري إلاّ في الأمراض الثّلاثة: البرص والجُذام والجنون.[4]

ثمّ المالكيّة اختلفوا في أنّ العهدة هل تثبت بالشّرط في العقد أو العُرف، أو تثبت مطلقًا بدون الشّرط والعرف. قال الدّردير رحمه الله تعالى:

"ومحلُّ العمل بالعهدتين (إن شرطا) عند العقد، ولو بحمل السّلطان النّاس عليهما (أو اعتيدا) أي جرت العادةُ بهما." وقال الدّسوقيُّ رحمه الله تعالى تحته: "(قوله إن شرطا، أو اعتيدا) فإن انتفيا لم يُعمل بهما في الرّدّ بحادث، واعلم أنّ رواية المصريّين أنّه لا يُقضى بالعهدة في الرّقيق إلّا بشرط، أو

(١) مواهب الجليل ٤: ٤٧٤ والشرح الصغير للدردير رحمه الله تعالى (مع حاشية الصاوي) ٣: ١٩٥

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣: ١٤١ و ١٤٢

(٣) حاشية الدسوقي ٣: ١٤٢

(٤) بداية المجتهد ٢: ١٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

عادة، أو حمل السُّلطان النّاسَ عليها، فإن انتفى ما ذُكر لم يُعمل بها في الرّدّ بحادث...وروى المدنيّون أنّه يُقضى بها في كلّ بلدٍ، وإن لم يكن شرطٌ ولا عادة. وفي البيان قولٌ ثالثٌ لابن القاسم في الموازية لا يُحكم بينهم بها، وإن اشترطوها."[1]

وكذلك عندهم تفصيلٌ في مسألة العُهدة إذا تبرّأ البائع من العيب.[2]

وعُمدةُ المالكيّة في اعتبار العهدة عملُ أهل المدينة، وفتاوى الفقهاء السّبعة وغيرهم،[3] واحتجّ المتأخّرون من المالكيّة بحديثٍ رواه الحسن رحمه الله عن عُقبة بن عامر وسمرة بن جندب رضي الله تعالى عنهما عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلم قال: "عهدةُ الرّقيق ثلاثة أيّام"[4] وروي "لا عهدةَ بعد أربع"[5] لكنّ الاستدلال بهذا الحديث غيرُ مرضيٍّ عند أهل العلم، حتّى عند بعض المالكيّة لكونه غير محتجّ به[6]

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدّسوقي ٣: ١٤٢

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدّسوقي ٣: ١٤١

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٧٦ و ١٧٧

(٤) أخرجه الإمام أبو داود في السنن "عن الحسن عن عقبة بن عامر" رضي الله تعالى عنهما، باب في عهدة الرقيق، حديث ٣٥٠٦ وأخرجه الإمام ابن ماجه في السنن عن "عن الحسن إن شاء الله عن سمرة بن جندب" رضي الله تعالى عنهما، باب عهدة الرقيق، حديث ٢٢٤٤

(٥) أخرجه ابن ماجه في السنن، "عن الحسن عن عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه" باب عهدة الرقيق، حديث ٢٢٤٥

(٦) قال العلّامة ابن رشد رحمه الله تعالى: "كلا الحديثين عند أهل العلم معلول، فإنهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة، وإن كان الترمذي قد صححه.وأما سائر فقهاء الأمصار: فلم يصح عندهم في العهدة أثر." (بداية المجتهد ٢: ١٧٧)، وقال العلّامة ابن قدامة رحمه الله تعالى: =

www.besturdubooks.wordpress.com

فالتعويل عندهم في عهدة الرّقيق على عمل أهل المدينة. ثمّ حمله بعضهم على أنّ تعامل أهل المدينة حجّة مستقلّة عندهم، فيثبت به الحكم لسائر البلاد، حتى جعله بعضهم بمنزلة الخبر المتواتر[١]. ولكن روى ابن عبدالبرّ رحمه الله تعالى عن الإمام مالك أنّ هذا الحكم متوقّف على العُرف، حيث نقل قوله: "لاأرى أن يُقضى بعهدة الرقيق إلاّ بالمدينة خاصّة، أو عند قوم يعرفونها بغير المدينة فيشترطونها، فتلزم."[٢]

ثمّ إنّ المالكيّة إنما يقولون بالعُهدة في الرّقيق فقط، ولايجوّزون ذلك في غير الرّقيق، ولايجوّزون القياس على ذلك.[٣]

٣٥٠- حكم هلاك المبيع قبل قبض المشتري

وإن هلك المبيع قبل أن يقبضه المشتري بآفة سماوية، انفسخ البيع بالإجماع، ويجب على البائع أن يردّ الثمن إن كان قبضه. وإن هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع، وعليه الثمن. لأنّه بالإتلاف صار قابضاً، سواءٌ أكان البيع باتّاً أم بشرط الخيار للمشتري.

وإن هلك بفعل أجنبيٍّ، فعليه ضمانه بالمثل إن كان مثلياً، أو بالقيمة إن كان من ذوات القيم، والمشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد، فيعود المبيع إلى ملك البائع.

= "وحديثهم لا يثبت. قال الإمام أحمد ليس فيه حديث صحيح، وقال ابن المنذر: لا يثبت في العهدة حديث صحيح، والحسن لم يلق عقبة" (المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٢)

(١) حاشية الدسوقي ٣: ٩١

(٢) الاستذكار لابن عبد البر، كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة ١٩: ٣٨

(٣) الاستذكار ١٩: ٤١ و ٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

فيتبع الجاني بالضمان، وإن شاء اختار البيع، فاتّبع هو الجاني بالضمان، واتّبعه البائع بالثّمن. وهذا متفقٌ عليه بين الفقهاء.[1] وزاد الحنفية أنّ ضمان الأجنبي إن كان من جنس الثّمن، وكان فيه فضلٌ على الثّمن، لايطيب للآخذ الفضلُ سواء أكان الآخذ بائعاً أم مشترياً، لأنّه ربح مالم يضمن، وفيه شبهة الرّبا. أمّا إذا كان الضّمانُ بخلاف جنس الثّمن، فإنّه يطيب الفضلُ للآخذ، لأنّ الرّبا لايتحقّق عند خلاف الجنس.

أمّا إذا هلك المبيعُ بفعلٍ من البائع، فالحكمُ عند الحنفية والشّافعية مثل الحكم في هلاك المبيع بآفة سماوية، وهو أنّ البيع ينفسخ، ويجب على البائع ردُّ الثّمن.[2]

وقال الحنابلة: حكمُه حكمُ إتلاف الأجنبي. قال ابن قُدامة رحمه الله تعالى: "وإن أتلفه البائع، فقال أصحابنا: الحكمُ فيه كما لوأتلفه أجنبي، لأنّه أتلفه مَن يلزمه ضمانه، فأشبه ما لو أتلفه أجنبي" ومعنى ذلك أنّ المشتري بالخيار، إن شاء فسخ العقد ورجع بالثّمن، وإن شاء ضمّن البائع بالقيمة أو المثل.

وقال المالكية: إنّ جناية البائع عمداً أوخطأً توجب غُرم القيمة أو المثل للمشتري، ولاخيار للمشتري في فسخ العقد واسترداد الثّمن. هذا ما صحّحه الدّسوقيّ من

---

(١) قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولا أعلم فيه مخالفاً" (المغني ٤: ٢١٨) وراجع أيضاً بدائع الصنائع ٥: ٢٤٠

(٢) راجع لمذهب الحنفية بدائع الصنائع ٥: ٢٤٠ ولمذهب الشّافعية الحاوي الكبير للماوردي ٥: ١٣٦ حيث قال: "إذا تلفت السّلعة المبيعة في يد بائعها قبل قبض المشتري لها بطل البيع وكانت من ضمان البائع واستحقّ المشتري استرجاع الثّمن" وذكر أنّ الخراسانيّ رحمه الله تعالى نقل مذهب الشّافعية بخلاف ذلك أنّ البائع ضامن بالثمن أو القيمة، ولعله اشتبه عليه مذهب الشّافعية بمذهب الحنابلة. ونقل ابن قدامة مذهب الشّافعية بمثل مذهب الحنفية وهو الصحيح.

www.besturdubooks.wordpress.com

مذهب المالكيّة على أساس ما في المدوّنة.(١)

ودليلُ من يُضمّن البائعَ بالمثل أو القيمة، حسبما ذكره الكاسانيّ رحمه الله تعالى، أنّه أتلف مالاً مملوكاً للغير بغير إذنه، فيجبُ عليه ضمانُ المثل أو القيمة، كما لو أتلفه بعد القبض. ولافرقَ سوى أنّ المبيعَ قبل القبض في يده، وهذا لايمنعُ وجوبَ الضّمان، كالمرتهن إذا أتلف المرهونَ في يده. ودليلُ من يضمّنه بالثّمن أنّ المبيعَ في يد البائع مضمونٌ بالثّمن بالاتّفاق إن هلك المبيعُ بآفة سماويّة، فلايكون مضموناً بضمانٍ آخر، إذ المحلُّ الواحدُ لايقبل الضّمانين، بخلاف الرّهن، فإنّ المضمونَ بالرّهن على المرتهن معنى المرهون لاعينُه، بل عينُه أمانة، فإيجابُ ضمان القيمة لايؤدّي إلى كون المحلّ الواحد مضموناً بضمانين لاختلاف محلّ الضّمان.

٣٥١- هلاك جزءٍ من المبيع أو تعيّبه

هذا إذا هلك كلُّ المبيع. أمّا إذا هلك بعضُه قبلَ قبض المشتري بآفة سماويّة، فإن كان النّقصانُ في القدر، يعني الكيلَ أو الوزن أو العدد، ينفسخُ العقد بقدر الهالك، ويسقط ما يقابله من الثّمن، ويكونُ المشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقيَ بحصته من الثّمن، وإن شاء فسخَ البيع، لأنّ الصّفقة تفرّقت عليه. وإن كان النّقصانُ في الوصف، فلا يسقطُ شيئٌ من الثمن، لأنّ الأوصافَ لاحصّةَ لها من الثّمن، وللمشتري الخيار، إن شاء أخذه بكلّ الثّمن، وإن شاء فسخ البيعَ، لتعيّب المبيع قبل القبض.(٢)

---

(١) حاشية الدّسوقيّ على شرح مختصر خليل ٣: ١٥٠

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٩٢ والمغني لابن قدامة ٤: ٢١٩ والدسوقي ٣: ١٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٥٢- انتقال الضمان في القانون الوضعي

كلّ ما ذكرنا من أحكام انتقال الضّمان ملخّصٌ للأحكام الشّرعيّة. وبه يتبيّن دقّةُ الفقهاء في هذا الموضوع. أمّا القوانينُ الوضعيّة، فإنّها لا تذكر القبض أو التّخلية من شروط انتقال الضّمان، بل الأصلُ عندهم أنّ ضمان المبيع يتبع انتقالَ الملك، فينتقل ضمانُ المبيع إلى المشتري فورَ انتقال ملك المبيع إليه. وهذا ما صرّحت به المادّة ٢٦ من قانون بيع المال السّائد في بلادنا والمبنيّ على القانون الإنكليزيّ. ولكن تسمح المادّةُ نفسُها بأن يتّفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

وهناك حالاتٌ بخلاف هذا الأصل ينتقل فيها الضّمانُ قبل انتقال الملك. وذلك لأنّ انتقالَ الملك عندهم يتوقّف على تعيين المبيع وتمييزه عن غير المبيع، فإن بيعت كمّيّةٌ من مخزنٍ فيه كمّيّةٌ كبيرةٌ لم تدخل في البيع، فإنّ المشتريَ يُعتبر شريكاً فيها على الشّيوع، فيتحمّل خطر الهلاك بحصّته في تلك الكمّيّة الكبيرة، مع أنّ الملك (Property)، كما يفهمه القانون، وهو الملك المتميّز،لم ينتقل إلى المشتري.[١] أمّا في الفقه الإسلاميّ، فالملكُ كما يكون متميّزاً، يُمكن أن يكون مُشاعاً، أومملوكاً لاعلى التّعيين، مثل البيع بخيارِ التّعيين. ولكن لايحصل القبضُ في تلك الصّورة إلاّ بتمييز المبيع من غيره، فلا ينتقل الضّمان من هذه الجهة قبل التّمييز، إلاّ إذا وقع البيع على حصّة مشاعة، وأراد المتعاقدان أن يكونا شريكين بحصص مشاعة، فحينئذٍ ينتقل الضمانُ إلى المشتري بحصّته.

---

(١) راجع للتفصيل Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act,sec.18,P.177- 178and Sec 26,P.226

www.besturdubooks.wordpress.com

وكذلك مقتضى القانون الوضعي المذكور أنّ زيداً لو اشترى من عمرو كمّيّة معيّنة من القمح، ولكن لم يحصل التّسليم والتّسلّم بين المتعاقدين، وضاعت الكمّيّة كلّها في يد البائع، فإنّ المشتري هو الّذي يضمن الهلاك.[١] أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فإنّ المشتري لايضمن في هذه الصّورة، إلاّ إذا وقعت التّخلية من البائع، بأن يقول له: "خذه متى شئت، وهو ميسّر لك في أيّ وقت." وحينئذ، لو هلك المبيع في يد البائع، هلك من مال المشتري. وفيه عدالة ظاهرة لا تحتاج إلى دليل.

والّذي يظهر لي بمراجعة القضايا القانونيّة في هذا المجال أنّها تفترض (بدون نصّ صريح على ذلك) أنّ تسلّم المبيع من البائع هو من واجبات المشتري، (إلاّ إذا كان الاتّفاق في العقد على خلاف ذلك كما هو مفاد المادّة ٣٦ من قانون بيع المال) فلو لم يتسلّم المشتري المبيع بعد انتقال الملك، فهو تقصير منه. (ولم تشترط فيه أن تقع التّخلية من قبل البائع). وبناء على تقصير المشتري، حُكم في كثير من القضايا بأنّه لو هلك المبيع من غير تقصير البائع، هلك من مال المشتري.

وكذلك تنصّ المادّة ٣٠ من قانون بيع المال أنّ المبيع لو بقي في يد البائع بعد البيع، وباعه البائع من رجل ثالث، أو رهنه لديه، في حين أنّ المشتري الثّاني أو المرتهن لا يعلم البيع السّابق، فإنّ هذا البيع الثّاني أو الرّهن صحيح، وينتقل به الملك إلى المشتري الجديد، ولم يفرّق القانون بين حالة التّخلية وغيرها. فالبيع الجديد من البائع نافذ في هذه الحالة، وإن لم يقع منه التّخلية للمشتري الأوّل. ولعلّ ذلك مبنيّ أيضاً على أنّ تسلّم المبيع من البائع مسئوليّة المشتري. فإن قصّر في هذه المسئوليّة، فإنّه يمكن أن يحرم

---

(١) Pollock & Mulla, Sec. 26, P. 226- 227

www.besturdubooks.wordpress.com

ممّا اشتراه، بأن يبيعه البائع إلى الآخر، فينفذ هذا البيعُ الثّاني، إن كان المشتري الثّاني لايعلم البيعَ الأوّل.

ولكن بسبب عدم اشتراط التّخلية في القانون، اختلفت وتشعّبت قضايا المحاكم في صُوَرٍ متعدّدة لا تنضبط بضابط، بل تختلفُ القضايا في صُوَرٍ مختلفة، وخاصّةً بسبب أنّه بالرّغم من قولهم إنّ الضمان يتبع الملك، لاالقبض، فإنّ هناك مستثنياتٍ كثيرةً من هذا الأصل. فقد ينتقلُ الضّمان ولا ينتقل الملك، وقد ينتقل الملك ولا ينتقل الضّمان.

أمّا في الفقه الإسلاميّ، فتسليمُ المبيع إلى المشتري هو من واجبات البائع، فلولم يُسلّم، أو لم يُتِح للمشتري أن يتسلّم من البائع بالتّخلية، فإنّه هو المسئول، وهو الّذي يتحمّل تبِعة الهلاك، ولا يحقّ له أن يبيعه إلى ثالث، ولئن باع في هذه الحالة، فإنّ بيعه غير نافذ. وهذا موافقٌ للعدل العامّ في جانب، وينضبط في جانبٍ آخر بضابطٍ يطّرد في جميع الحالات.

٣٥٣- مايدخل في البيع وما لايدخل

مسائلُ هذا الباب متفرّعةٌ على أصولٍ آتية:

الأوّل: أنّ كلّ ماهو متناوَل اسمِ المبيع بأن يُعتبر من أجزائه عُرفاً يدخل في البيع، وإن لم يُذكر في العقد صراحةً. وهذا مثلُ من باع داراً أوشُقّةً، فإنّه يدخلُ فيه جميعُ غُرفه، ومطبخُه، وبهْوُه، و دورة المياه فيه، فإنّ اسمَ الدّار يتناول الجميعَ عُرفاً، ولكن لايدخلُ فيه عِلوُه إلاّ بالتّصريح، لأنّ لفظ الدّار لايتناوله دائماً، بخلاف ما إذا باع فِلّة، فهو شاملٌ في العُرف للعلو والسّفل، فيدخلان في البيع، إلاّ إذا استثنى أحدَهما.

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّاني: كلّ ما كان متّصلاً بالمبيع اتّصالَ قرار، كان تابعاً للمبيع وداخلاً في البيع بدون تصريح بذلك. وعرّفوا اتّصالَ قرار بأنّ ما وُضع لأن يفصله البشرُ في الأخير ليس باتّصال قرار، ومالم يوضعْ للفصل، فهو اتّصالُ قرار. فقالوا: لو باعَ أرضاً فيها أشجار، فإنّ الأشجارَ داخلةٌ في البيع، لأنّها متّصلةٌ بالأرض اتّصالَ قرار، بخلاف الزّرع، فإنّه لايدخلُ في بيع الأرض إلاّ بالتّصريح، لأنّ الزّرع وُضع لرفعه من الأرض.

وعلى هذا، فإنّ مواسيرَ المياه تدخلُ في بيع البيت، لأنّها متّصلةٌ بالبيت اتّصالَ قرار بالمعنى المذكور، وكذلك أسلاكُ الكهرباء، والهواتف، ولكن لاتدخلُ المراوح، والمكيّفات، والدّافئات، والهواتف، وأثاثُ البيت الموجود فيه وقتَ البيع إلاّ بالتّصريح.

الثّالث: كلّ ما كان من توابع المبيع عُرفاً، فإنّه يدخلُ في البيع، ومثّله الفقهاء بالمفتاح في بيع القُفل، وبالخطام في بيع البعير. وعلى هذا، إذا باع سيّارةً، فإنّه يدخل فيها الكفْرةُ الزّائدة، ورفّاعة السّيّارة والآلات المتعلّقة بتغيير الكفْرة، إلاّ أن يُستثنى من البيع صراحةً. ويدخلُ في بيع الهاتف المتحرّك البطّاريّة وماتُشحن به البطّاريّة.

الرّابع: كلُّ ما كان من مرافق المبيع ومنافعه فهو داخلٌ في البيع، مثل حقّ المرور وحقّ الشّرب.

والحقيقةُ أنّ هذه الأمور كلّها ترجع إلى العرف، وهو يختلف باختلاف الزّمان والمكان، فيمكن أن يكون الشّيئ داخلاً في البيع بحكم العرف في محلٍّ واحد،

www.besturdubooks.wordpress.com

ولا يدخل فيه في محلّ آخر.[1]

وروى البخاريّ وغيره عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "من باع نخلاً قد أبّرت فثمرتُها للبائع، إلاّ أن يشترط المبتاع."[2] ومعناه أنّ الثّمرة لاتدخل في بيع النّخل بعد التّأبير إلاّ بأن يشترط المشترى دخولها في البيع. والصحيحُ أنّ المراد من التّأبير في الحديث هو ظهور الثّمرة، كما نقلتُه في "تكملة فتح الملهم" عن عدّة من العلماء،[3] فالحاصل أنّه متى كانت الثّمرة ظاهرةً، فإنّها لاتدخل في بيع النّخل إلاّ بالاشتراط.

وهل تجرى فيه القاعدة المعروفة: "المعروف عُرفاً كالمشروط شرطاً"؟ بحيثُ إذا حدث عرفٌ ظاهرٌ بدخول الثّمرة في بيع النّخل، فهل يُحكم بذلك العرف، وتدخل الثّمرة في البيع؟ لم أره في كلام الفقهاء صريحاً، ولكن إن قيل بدخولها في البيع فإنّه لايتعارضُ مع النّصّ، لأنّ النّصّ استثني من حكمه أن يشترطَ المبتاعُ دخولها في البيع. والاشتراطُ كما يكون بالتّصريح، قد يكون بحكم العرف أيضاً، فإن كان العرفُ كذلك، فإنّه داخلٌ في معنى الاستثناء المنصوص، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٥٤- الزّيادات الحادثة في المبيع قبل القبض

أمّا الزّيادات الّتي تحدثُ في المبيع بعد العقد وقبل قبض المشترى، مثل أن يُباع

(١) راجع للأمثلة ردالمحتار ٤: ١٧٢، فصل فيما يدخل في البيع، وشرح المجلة للأتاسي ٢: ١٣٨ مادة ٢٣٠ والمغني لابن قدامة ٤: ١٩٨

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً الخ، حديث ٢٢٠٤

(٣) تكملة فتح الملهم ١: ٢٧٣ طبع دارالقلم

www.besturdubooks.wordpress.com

شجرٌ لم تظهر ثمرتُه، وتظهرُ بعد البيع، وقبل قبض المشترى، أو يُباع حيوانٌ غيرُ حامل، فيظهرُ حمله. فقد اتّفق الفقهاءُ أنّها ملكٌ للمشترى، لأنّها حدثت بعد ما تملّك المشترى الأصل. ولكن هناك خلافٌ في توجيه هذا الملك. وبيانُه حسبما ذكره الكاسانيّ رحمه الله تعالى أنّ هذه الزّوائد، سواءٌ كانت متّصلة أو منفصلة، متولّدة أو غير متولّدة، هي داخلةٌ في البيع كسائر أجزاء المبيع عند الحنفيّة، فيملكُها المشترى بحكم البيع السّابق، لأنّ تملّكَ المشتري للزّوائد إنّما حصل بواسطة ملك الأصل مُضافاً إلى البيع السّابق، فكانت الزّيادةُ مبيعةً، ولكن تبعاً لثبوت الحكم الأصليّ فيها تبعاً.

أمّا الشّافعيّ رحمه الله تعالى، فيقول: إنّما يملكُها المشترى لأنّه مالكٌ للأصل، وحدثتِ الزّياداتُ على ملكه، ولاعلاقةَ لها بالبيع السّابق على حدوثها، لأنّه لم تقعْ إضافةُ البيع إليها.

وظهرت ثمرةُ هذا الخلاف في مسائلَ كثيرة:

منها: أنّ للبائع حقُّ حبس الزّوائد لاستيفاء الثّمن عند الحنفيّة، كما أنّ له حقَّ حبس الأصل، وعند الشّافعيّ رحمه الله تعالى لايحقُّ له أن يحبس الزّوائد لاستيفاء الثّمن.[1]

---

(١) كذا ذكره الكاسانيّ رحمه الله تعالى في بدائع الصنائع ٤: ٥١٧ ومثله يتخصص من كلام طويل في المجموع شرح المهذّب١٢: ٢١٤ ولكن تقدّم أنّ الشّافعيّ رحمه الله تعالى لايقول بحقّ حبس المبيع لاستيفاء الثّمن إلاّ إذا خاف البائع تفويت الثّمن. فكأنّ مراد الكاسانيّ رحمه الله تعالى من نسبة هذاالقول إلى الشّافعيّ رحمه الله تعالى أنّ في حالة خوف التّفويت لايحقّ للبائع إلاّ حبس الأصل، ولايحقّ له حبس الزّوائد. والله تعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

ومنها: أنّ الزّيادةَ عند الحنفيّة جزءٌ من المبيع، فيقابلُه قسطٌ من الثّمن، مثل أن يبيع شجرةً ليس فيها ثمرٌ بمائة، وظهر فيها الثّمرُ قبل أن يقبضها المشتري، فكأنّ البائع باع الشّجرَ مع الثّمر بمائة، فلو كانت قيمةُ الشّجر مع الثّمر زائدةً على قيمة الشّجر بدون الثّمر بقدر العُشر، فالعشرةُ منها مقابلٌ للثّمر. فلو أتلف البائعُ الثّمر، سقطت حصّتُها من الثّمن، فلا يجب عليه إلاّ تسعون، كما لو أتلف العُشر من المبيع.

أمّا عند الشّافعيّة، فإنّها ليست جزءً من المبيع، فلا يقابلُها شيءٌ من الثّمن، فلو أتلفها البائعُ لا يسقُط شيءٌ من الثّمن، وعليه ضمانُها بالمثل أو القيمة كما لو أتلفها أجنبي.[1]

ولو هلكت الزّيادة بآفة سماوية، لا يسقط شيءٌ من الثّمن بالإجماع، وإن كانت مبيعةً عند الحنفيّة، لأنّها مبيعةٌ تبعاً بمنزلة أطراف الأم،[2] لامقصوداً، والأطرافُ كالأوصاف لايقابلها شيءٌ من الثّمن. إلاّ أن تكون مقصودةً بالفعل من القبض أو الجناية، ولم يوجد. ولاخيارَ للمشتري، لأنّ الصّفقة لم تتفرّق عليه، لأنّ العقدَ ما أُضيف إليها، وإنّما يثبُت حكمُ العقد فيها تبعاً، فلا يثبتُ الخيار.

ومنها: أنّ المشتري إذا قبض الزّوائد، يصيرُ لها عند الحنفيّة حصّةٌ من الثّمن بالقبض، فيُقسَّم الثّمنُ على قيمة الأصل يومَ العقد، وعلى قيمة الزّيادة يوم القبض.[3] حتّى لو

---

(١) وقد صرّح النّووي رحمه الله تعالى أنّ الأصحّ عند الشّافعيّة أنّ الزّيادات كلّها أمانة بيد البائع، ولو هلكت والأصل باقٍ بحاله فلا خيار للمشتري. (روضة الطّالبين، كتاب البيع، باب حكم المبيع قبل القبض وبعده ٣: ١٦١) ومن ضرورة كونها أمانةً أنّه لايضمن إذا تلفت بغير تعدٍّ منه، وإن يضمن بالإتلاف.

(٢) يعني إن باع جارية، فإنّ أعضاءها تدخل في البيع تبعاً، وليس لها حصّةٌ من الثّمن.

(٣) ومعناه أنّه إن زادت قيمة المبيع بسبب هذه الزّيادة بقدر العُشر مثلاً، فإنّ الزّيادة تكون مقابل عُشر الثّمن

www.besturdubooks.wordpress.com

اطّلع المشتري على عيب بالأصل، فإنّه يردّه بحصّته من الثّمن، لابجميع الثّمن. فلو كان اشترى الأصلَ بمائة، وكانت الزّيادةُ في المبيع بقدر العُشر، ثمّ اطّلع المشتري على عيبٍ بالأصل، فإنّه يردّه إلى البائع بتسعين، وتبقى الزّيادةُ معه مقابل العشرة.

أمّا عند الشّافعيّة، فلا حصّة للزّيادة من الثّمن بحال، وعند ظهور العيب بالأصل، يردّ بكلّ الثّمن، ولايكون بإزاء الزّيادة شيئ، وكذا إذا وجد بالزّيادة عيباً يردّها بحصّتها من الثّمن عند الحنفيّة، وعند الشّافعيّة لايردّها بالعيب أصلاً.

ومنها: أنّه لو هلك الأصلُ وبقيت الزّيادة. يبقى العقدُ بقدر الزّيادة عند الحنفيّة، ويصيرُ لها حصّةٌ من الثّمن، فينقسم الثّمن على الأصل يومَ العقد، وعلى الزّيادة يومَ الهلاك. فلو اشترى حيواناً بمائة، وأنتج ذلك الحيوانُ ولداً قبل قبض المشتري، وكانت قيمةُ الولد بقدر عُشر الحيوان، ثمّ هلك الحيوان وبقيَ الولد، يبقى البيعُ نافذاً في الولد بالعشرة الّتي هي عُشر الثّمن. وعند الشّافعيّ رحمه الله تعالى إذا هلك الأصل، انفسخ العقدُ أصلاً ورأساً.

وقد أطال الكاسانيّ رحمه الله تعالى في التّفريعات على هذا الأصل، فليراجع عند الحاجة.[١]

٣٥٥- الزّيادة أو الحطّ في الثّمن بعد العقد

يجوز للمتبايعين أن يتّفقا على الزّيادة أو الحطّ في الثّمن بعد إنجاز العقد، كما يجوز أن يتّفقا على الزّيادة في المبيع. وإنّ الزّيادة والحطّ يلتحقان بأصل العقد عند

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥١٦ إلى ٥١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الحنفيّة، كأنّ البيعَ وقع على القدْر الحاصل بعد الزّيادة أو الحطّ.[1] والظّاهرُ أنّ مذهب المالكيّة في هذا مثلُ مذهب الحنفيّة.[2] وعند زفر رحمه الله تعالى: الزّيادةُ والحطّ هبةٌ مبتداة، فلابدَّ من استجماع شروط الهبة، ومنها أنّ الزّيادة لاتُملك إلاّ بالقبض، ولاعلاقة لها بأصل البيع.

وقال الشّافعيّ وأحمد رحمهما الله تعالى: إنّ الزّيادة أو الحطَّ إن كانا في مجلس العقد، التحقا بأصل العقد، مثل قول الحنفيّة، لأنّ خيارَ المجلس باق، ولاينبرمُ العقدُ في مدّة الخيار. وإن اتفق العاقدان بالزيادة أو الحطّ بعد الافتراق، وليس هناك خيارُ شرط، فلا يلتحقان بالأصل، بل تُعتبران هبةً مبتداة، كما هو مذهب زفر.

وتتفرّع على هذا الخلاف مسائل:

منها: أنّ للبائع حقَّ حبس المبيع حتّى يقبضَ الثّمنَ الأصليَّ مع الزّيادة عند الحنفيّة، وليس له حقُّ الحبس لاستيفاء الزّيادة عند الشّافعيّة.

ومنها: أنّه إذا استُحِقّ المبيعُ وقُضيَ به للمستحِقّ، رجعَ المشتري على البائع بالثّمن كلّه من أصلٍ وزيادة، وكذلك في الرّجوع بالعيب عند الحنفيّة. ولايردّ عند الشّافعيّة والحنابلة إلاّ الثّمنَ الأصليّ.[3]

---

(١) فتح القدير ٦: ١٤٢

(٢) راجع تهذيب الفروق، فرق ١٩٩ على هامش الفروق للقرافيّ ٣: ٢٩٠ غير أنّه ذكر أنّ الزّيادة لاتلتحق في المرابحة، ونقل ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً، وهذا غير صحيح بالنّسبة إلى الحنفيّة، لما في الهداية وغيرها أنّ الزّيادة تلتحق بالأصل في المرابحة والتولية أيضاً.

(٣) العناية مع فتح القدير ٦: ١٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

ومنها: أنّ بائع العقار إن حطّ من ثمنه بعد العقد، فإنّ الشّفيع يأخذه بالثّمن المحطوط عند الحنفيّة والمالكيّة، ويأخذه عند الشّافعيّة والحنابلة بالثّمن المعقود عليه بدون حطّ.[1] وكان قياسُ قول الحنفيّة والمالكيّة أن يكونَ الحكمُ مثلَه فيما إذا زاد المشتري في الثّمن بعد بيع العقار، فيأخذه الشّفيعُ بالثّمن الزّائد الّذي التحق بأصل العقد، غير أنّ الحنفيّةَ لم يقولوا بذلك في صورة الزّيادة، لما فيه من إبطال حقّ الشّفيع، كما في الهداية.

وقياسُ قول الحنفيّة فيما إذا زاد البائعُ في العقار المبيع بعدَ العقد أن يستحقّ الشّفيعُ الزّيادةَ أيضاً، لأنّها تلتحقُ بأصل العقد عند الحنفيّة، ولكنّ الظّاهرَ من كلامهم أنّ الزّيادةَ إن كانت من جنس المبيع أو توابعه، فإنّ الشّفيعَ يستحقُّها، وإن لم تكُن من جنس المبيع ولا من توابعه، فإنّ الشّفيعَ لايستحقّها. فقد نقل ابن عابدين رحمه الله تعالى عن شرح المجمع: "الملكي باع عقاراً مع العبيد والدّوابّ، تثبت (أي الشّفعة) في الكلّ تبعاً للعقار." ثمّ قال ابن عابدين: "لأنّ المراد به الأرضُ والحرّاثون وآلةُ الحراثة، فتتحقّق التّبعيّة لوجود ماهو المقصودُ من الأرض، ولذا صحّ فيها الوقف تبعاً...بخلاف الجارية أو المتاع مع الدّار. هذا ما ظهر لي فتأمّل."[2]

وإنّ الشّفيع لايستحقّ شيئاً من ذلك عند الشّافعيّة، لأنّها لاتلتحقُ بأصل العقد عندهم.

ومنها: أنّ المشتريَ إن أراد بيعَ ماشتراه مرابحةً، وجب عليه بيانُ التّكلفة بعد الزّيادة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٥٠٦

(٢) ردّالمحتار، كتاب الشّفعة ٦: ٢٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

أو الحطّ عند الحنفيّة، ويُحاسبُ الرّبحَ على ما بعد الحطّ أو الزّيادة. وكذلك في التّولية والوضيعة. وكان قياسُ قولِ الشّافعيّة أن لايجبَ عليه ذلك، وأن يكون العقدُ مبنيّاً على الثّمن المعقود عليه قبل الحطّ أو الزّيادة. ولكن ذكر النّوويّ رحمه الله تعالى أنّ ماحطّه البائعُ من الثّمن، ينحطّ عن مشتريه توليةً.[1] ولعلّهم استثنَوا ذلك من أصل قاعدتهم، لكون المقصود من التّولية أن لا يُكلّف المشترى فوق ما تكلّفه البائع حقيقةً، والله سبحانه أعلم.

ثمّ رأيتُ أنّ هناك وجهاً آخرَ عند الشّافعيّة، ذكره إمامُ الحرمين الجُوينيّ رحمه الله تعالى بقوله: "الوجه الثاني: أنّ المولّى لايخلُف المولّيَ في شيئٍ ممّا ذكرناه، فالزّوائدُ للبائع، وإذا حُطّ عن البائع شيئٌ، لم يُحَطّ عن المشترى منه بلفظ التّولية."[2]

ويظهر من كلام العمرانيّ رحمه الله تعالى التّطبيقُ بين الوجهين حيث قال: "قال الطّبريّ في العُدّة: فإنّ الحطّ يلحق بالمولّيَ والمُشرَك، لأنّ التّوليةَ والشّركةَ تختصّ بالثّمن، فلحق الثّانيَ ما لحق الأوّلَ، ولو باعه المشترى الأوّلُ بلفظ البيع، ثمّ حطّ الثّمنَ عن المشترى الأوّل، لم يلحقِ المشتريَ الثّانيَ حطٌّ. قال: وهذا الاختلافُ يحصُل باختلاف اللّفظ، كما يقول في المرابحة: إذا كذب في رأس المال ثبت للمشترى الخيار، ولو باعه مساومةً وكذب في رأس المال، لم يثبت للمشترى الخيار."[3]

(١) نهاية المحتاج ٤: ١٠٦

(٢) نهاية المطلب للجويني، باب المرابحة ٥: ٣٠٨

(٣) البيان شرح المهذّب لأبي الحسن العمرانيّ الشّافعيّ اليمنيّ المتوفى ٥٥٨ هـ باب بيع المرابحة ٥: ٣٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

ومعنى ذلك أنّ العقد إن وقع بلفظ البيع، فإنّ المشتري لايستحقّ الحطّ. أمّا إذا وقع العقدُ بلفظ التّولية أو الإشراك، فإنّ المشتري يستحقّ الحطّ.

وعلى العكس من ذلك، كان قياسُ قول المالكيّة أن تكون المرابحةُ والتّوليةُ على الثّمن بعدالزّيادة والحطّ، ولكن ذكر في تهذيب الفروق أنّ الزّيادةَ لاتلتحق عندهم بالأصل في المرابحة،[1] ولعلّه نظرٌ إلى جانب المشتري في المرابحة، كما لم تلتحق الزّيادةُ بالأصل في حقّ الشّفيع نظراً إلى جانبه. وفصّل فيه الدّردير والدّسوقيّ بأنّ الحطّ في الثّمن إن كان معتاداً بين النّاس، وجب بيانه في المرابحة. أمّا إذا لم يكن الحطُّ معتاداً، فلايلتحقُ بأصل العقد ولايجب بيانُه،[2] والله سبحانه أعلم.

ولم يذكر كثيرٌ من فقهاء الحنفيّة، مثل صاحب الهداية وفتح القدير والبدائع الحطَّ من المبيع، ولكن ذكره بعضهم، فجاء في الدّرّ المختار: "ويصحّ الحطُّ من المبيع إن كان المبيعُ ديناً، وإن عيناً، لايصحّ لأنّه إسقاط، وإسقاطُ العين لايصحّ بخلاف الدّين."[3]

وتفسيره ما نقله الطّحطاويّ عن المحيط: "اشترى قفيزَ حنطةٍ بعينه، فحطّ عن البائع عن رُبعه قبل القبض، لم يجز، لأنّه عينٌ، وإسقاطُ العين لايصحّ. ولو اشترى قفيزاً من صُبرة، ثمّ حطّ رُبعه قبل القبض، جاز، لأنّه دين، وإسقاطُ الدّين يصحّ."[4]

ومعنى عدم الصحّة في حطّ العين أنّه لايلتحق بأصل العقد، وإلاّ فيجوز بطريق الهبة

---

(١) تهذيب الفروق، فرق ١٩٩ على هامش الفروق للقرافيّ ٣: ٢٩٠

(٢) الدّسوقيّ على الدّردير ٣: ١٦٥

(٣) الدرالمختار مع ردالمحتار ١٥: ١٨١

(٤) شرح المجلّة للأتاسي ٢: ١٧٨ قبل المادّة ٢٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

بشروطها. فيجوزُ للمشتري أن يهبَ بعضَ ما اشتراه بعد قبضه، ولاتتمّ الهبة إلاّ بقبض البائع الموهوب له.

ثمّ إنّ الزّيادة أو الحطّ من الثّمن أو من المبيع يُشترط له أن يكون بإيجاب وقبول، ولو بعد الافتراق عن مجلس العقد، وأن يكونَ القبولُ في مجلس الإيجاب في صورة الزّيادة في المبيع أو الثّمن. أمّا في حطّ الثّمن، فلا يُشترط له المجلس، ولاالقبول، لأنّه تصرّفٌ في الثّمن بالإسقاط والإبراء عن بعضه، فيصحّ من غير قبول، إلاّ أنّه يرتدُّ بالردّ كالإبراء عن الثّمن كلّه.

وكذلك يُشترط عند الحنفيّة في ظاهر الرّواية أن يكونَ المبيعُ قائماً عند الزّيادة. فإن هلك المبيعُ لاتلتحق الزّيادةُ بأصل العقد، بخلاف حطّ الثّمن، فإنّه يصحّ بعد هلاك المبيع أيضاً، كما في الهداية. وتمامه في بدائع الصنائع.[1]

ثمّ إن كان المبيعُ شيئين في عقدٍ واحد، وحصلت الزّيادةُ في الثّمن بتراضي الطرفين، فإنّ الزّيادة عند من يقول بإلحاقها بالأصل تنقسم على الإثنين بحسب قيمتهما. مثاله: لواشترى أحدٌ هاتفين في صفقةٍ واحدةٍ بألفين، وزاد المشتري أربعمائة. فصار ثمنُهما مجموعَ ألفين و أربعمائة، ولكنّ الأربعمائة الزّائدة تُقسَم على كلٍّ من الهاتفين بقدر قيمتهما، فإن كان قيمةُ كلّ واحدٍ منهما ألفاً، يصيرُ الثّمنُ لكلّ واحدٍ منهما ألفاً ومائتين. وإن كان قيمةُ أحدهما ألفاً وخمسمائة، وقيمةُ الآخر خمسَ مائة، فالأربعمائة الزّائدةُ تُقسَم عليهما أرباعاً، بأن يُعتبرَ ثمنُ الأوّل ألفاً وثلاثمائة، وثمنُ

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّاني ستّمائة.[١]

هذا كلّه فيما إذا كان المبيعُ من غيرِ الأموال الرّبويّة. فإن كان العقدُ ممّا يجري فيه الرّبا ولايجوز التّفاضل، فالزّيادةُ بعد العقد بعد التحاقها بالعقد تجعلها معاملةً ربويّة، فيفسُد العقد عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبويوسف: لاتلتحق الزّيادة أو الحطّ بأصل العقد إن كان المبيعُ ربويًا، فيصحّ أصلُ العقد، وتبطُل الزّيادة. وقال محمّد بقول أبي يوسف رحمهما الله تعالى في الزّيادة. أمّا في الحطّ، فقال: إنّه هبةٌ مبتدأة.[٢]

٣٥٦- التّطوّعات من البائع

وقد جرى عملُ التّجّار بتطوّعٍ من عندهم زيادةً على المبيع. وإنّ مثلَ هذا التّطوّع في زماننا على ثلاثة أقسام:

الأوّل: ماجرتِ العادةُ في بعض البقّالات أنّ البائعَ يزيد على المبيع شيئاً من عنده. ويُقال له باللّغة الأرديّة "رُنگا"وباللّغة الإنكليزيةLagniappe [٣] أو Yapa وقد يُطالِب به المشتري، وهو في حكم الزّيادة في المبيع، وبذلك أفتى شيخ مشايخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى.[٤] ومقتضى ذلك أن لايجوز في الأموال الرّبويّة إذا بيعت بجنسها على قول الحنفيّة الّذين يُلحِقون الزّيادةَ بأصل البيع. ولا يبعُد أن يُقال: إنّه

---

(١) هذا معنى قول الكاسانيّ رحمه الله تعالى في البدائع: "تنقسم الزّيادة على قيمتهما" (٤: ٥١٩)

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٥٢٤

(٣) أصل هذه الكلمة فرنساويّ واسبانيّ كما في Wikipedia

(٤) إمداد الفتاوى ٣: ٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

هبةٌ لاعلاقةَ لها بالمبيع، وإنّما هو لتشجيع المشترين، والله سبحانه أعلم.

الثّاني: ما يقع به الإعلانُ من البائع من أنّ المشتريَ إن اشترى عددين من شيئٍ، فإنّ الثّالثَ يُعطى له مجّاناً. والظّاهرُ أنّه ليس من الزّيادة في المبيع، بل هو بيعٌ للثّلاث معاً، لأنّ العقدَ وقع على الثّلاث منذ البداية، ومعنى قول البائع: إنّ الثّالث مجّانيٌ، أنّ ثمنَ الثّلاث بالجملة ماهو ثمنُ الإثنين بالقطاعيّ.

٣٥٧- الجوائز على المبيعات

الثّالث: ما جرى به عملُ بعضِ التّجار أنّهم يُعطون جوائزَ لعُملائهم الّذين اشتروا منهم كمّيّةً مخصوصة، ولو في صفقاتٍ مختلفة. وقد تُعطى هذه الجوائز بقدر الكمّيّة لكلّ أحد، وقد تُعطي الجوائزَ بالقُرعة. وليس هذا من قبيل الزّيادة في المبيع، لأنّها تُعطى عادةً بعد صفْقاتٍ متعدّدة في أزمنةٍ وأمكنةٍ مختلفة، فلاسبيلَ إلى نسبتها إلى مبيع واحد. فهي هبةٌ مبتدأة موعودةٌ من البائع لتشجيع النّاس على أن يشتروا البضائعَ منه. وجوازُ أخذها مشروطٌ بأن لايكون البائعُ زاد في ثمن البضاعة من أجل هذه الجوائز، وإلاّ صار نوعاً من القمار، لأنّ ما زاد على ثمن المثل إنّما طولب به على سبيل الغرر، واحتمال أن يفوز المشتري بالجائزة. وكذلك إن كان الثّمنُ ثمن المثل، فإنّه يُشترط أن يكونَ المشتري يقصد شراءَ البضاعة حقيقةً، ولايشتريها لمجرّد احتمال الحصولِ على الجائزة، وإلاّ ففيه شبهةُ القمار. وقد فصّلتُ الكلام على ذلك في بحثي "أحكام الجوائز"[1]

---

(١) بحوث في قضايا فقهيّة معاصرة للمؤلف ٢: ١٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٥٨- البيع عن طريق شبكة التسويق (Marketing Network)

وقد جرى عملُ بعض الشّركات على أنّها تبيع مُنتجاً من منتجاتها، مع إعطاء الحقّ للمشتري أن يُسوّق ذلك المنتَج، ويلتمس له مشترين آخرين. فلو فعل ذلك، ونجح في الحصول على عددٍ من المشترين بشروطٍ يُعيّنها نظامُ الشّركة، فإنّه يفوز بمبلغٍ أو شيئٍ ثمين من قِبل الشّركة. وكذلك المشترون الجُدد الّذين اشتروا هذا المنتج بوساطة المشتري الأوّل يحقّ لهم أن يلتمسوا مشترين آخرين، فإن نجحوا في إيجاد عدد معيّن من المشترين بالشّروط المعيّنة في النّظام، فإنّهم يستحقّون ذلك المبلغ أو الشّيئ الثّمين أيضاً. وإن بلغ المشترون عن طريق هذه الشّبكة عدداً معيّناً، فلا يزال المشتري الأوّل يحصُل على مبالغ أو أشياء معيّنة في النّظام عند دخول المشترين الجُدد بشروط معيّنة، وإن كان قد عمِل في الحصول على المشترين لأوّل مرّة فقط.

وإنّ هذا الطّريقَ بدأته بعض الشّركات في البلاد الغربيّة، ثمّ اختارته بعض الشّركات في البلاد الإسلاميّة أيضاً. وقد تُسمّى "نظام شبكة التّسويق" (Marketing Network system) أو "نظام عدّة مستويات للتّسويق" (Multi- level Marketing System) وقد يُخفّف فيُقال MLM وقدجرى العمل به بطرقٍ وشروطٍ مختلفة، ولكنّ القدرَ المشترك في جميعها أنّ بيع المنتَج مصحوبٌ بنظامٍ لتّسويق يدخل فيه المشترون، ويلتمسون مشترين آخرين، ويفوزون في بعض الحالات المشروطة في النّظام بمبالغ أو أشياء ثمينة.

وإنّ الحكمَ الشّرعيّ لهذا النّظام وشراءِ منتَجاته يختلف باختلاف الأحوال.

١ إن كان بيعُ المنتَج مشروطاً بأن يدخلَ المشتري في شبكة التّسويق، فهذا البيعُ

www.besturdubooks.wordpress.com

فاسد، لاشتراط ما لايقتضيه العقد.

٢- إن كان الدّخولُ في شبكة التّسويق غيرَ مشروط في بيع المنتَج، واقتصر المشترى على شراء المنتج فقط، ولم يدخُل في شبكة التّسويق، فهو شراءٌ جائز، إذا استوفى شرائط جواز البيع، ومنها أن يكون المبيعُ حلالاً.

٣- إن كان الدّخولُ في شبكة التّسويق غيرَ مشروط في بيع المنتَج، ولكنّ المنتَج يُباعُ بثمنٍ أكثر من سعر مثله في السّوق، فلا يجوز شراؤُ المنتَج بنيّة الدّخول في نظام التّسويق، وذلك لأنّ الثّمنَ الزّائد لا يُدفع إلاّ للدّخول في هذا النّظام الّذى هو عقدٌ مستقلٌ عن شراء المنتَج. ولو فُرضَ أنّ الدّخول في السّمسرة عقدٌ صحيحٌ، فإنّ هذه الزّيادةَ في الثّمن ليست إلاّ مقابلَ مجرّد الدّخول في العقد، وذلك رشوة. وأمّا إذا اعتُبر عقدُ السّمسرة عقداً فاسداً لما فيه من الغرر كما سيأتي، فإنّ هذه الزّيادةَ تعليقٌ للتّمليك على الخطر، وهو قمارٌ محرّم.

٤- إن كان الدّخولُ في شبكة التّسويق غيرَ مشروط في بيع المنتَج، والمنتَج يُباعُ بسعر السّوق، واشتراه المشترى بنيّة الدّخول في نظام التّسويق، فالدّخولُ في التّسويق عقدٌ مستقلٌ عن البيع، وهو سمسرةٌ من النّاحية الفقهيّة، وما يتسلّم من المبالغ بالتّسويق هو أجرةٌ للسّمسرة. فيجب أن يستوفيَ العقدُ شرائطَ جوازه الشّرعيّ. ولكنّ المتّبع في هذا النّظام عادةً أنّ المشتريَ لايستحقّ أجرةَ السّمسرة بإيجاد مشترٍ واحد، وإنّما يستحقّ الأجرَ إذا أوجد عدداً من المشترين، وإن أوجد المشترين بذلك العدد، فإنّه لايزال يحصُل على حصّة من مبالغَ تُدفع على إيجاد المشترين من غيره. وهنا نقطتان لابدّ من بحثهما:

www.besturdubooks.wordpress.com

النقطة الأولى: هل يجوز الاشتراطُ على السمسار أنه لايستحقّ الأجرة إلا إذا أتى بمشترٍ أكثرَ من واحد؟ وفيه احتمالان:

الاحتمال الأول: أن يجوز على أساس الجعالة، أمّا كون جهده يضيع دون عائد إن أتى بمشترٍ واحد فقط، فإنّ جهده يضيعُ في السمسرة العاديّة أيضاً إن لم يتمكّن من التماس مشترٍ واحد. فإن تُحمّل هذا الغررُ في عقد السمسرة العاديّة، فلا يبعُد أن يُتحمّل في اشتراط عددٍ من المشترين.

والاحتمال الثاني: أن لايجوز، لأنّ الغرر في إيجاد مشترٍ واحد أقلّ، وقد جرى به التعامل. أمّا إذا اشتُرط عددٌ أكثر، فإنّ الغرر فاحش، ولم يجرِ به التعامل، فلا يجوز. ولذلك منع الإمام مالك رحمه الله تعالى الجُعلَ المشروطَ على بيع سلع كثيرة. جاء في المدوّنة الكبرى:

"قلت: والكثيرُ من السّلع لا يصلح فيه الجُعل في قول مالك؟ قال: نعم! لا يصلُح فيه الجُعل وتصلُح فيه الإجارة عند مالك. قلت: والقليلُ من السّلع تصلُح فيه الإجارة والجعلُ جميعا في قول مالك؟ قال: نعم! قلت: لِمَ كره مالك في السّلع الكثيرة أن يبيعها الرّجل للرّجل بالجعل؟ قال: لأنّ السّلع الكثيرة تشغل بائعها عن أن يبيع، أو يشتري، أو يعمل في غيرها، فإذا كثُرت السّلع هكذا حتّى يشتغل الرّجل، لم يصلح إلا بإجارة معلومة. قال لي مالك: والثّوب والثّوبان وما أشبههما من الأشياء التي لا تشغل صاحبها عن أن يعمل في غيرها، فلا بأس بالجُعل فيها، وهو متى ما شاء أن يترك ترك

والإجارة ليس له أن يتركها متى ما شاء."[1]

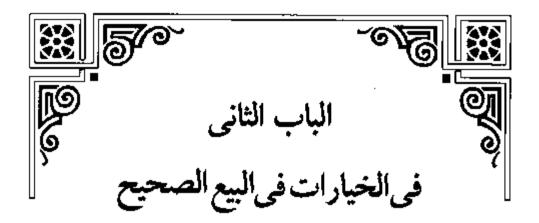
وإنّ الغرر في مثل هذا النّظام كثير، وخاصّةً لأنّه يعتمد عادةً على شروطٍ معقّدة يفحش بها الغرر.

والّذي شهدت به التّجربة أنّ المنتَج في غالب الأحيان شيئٌ يسير يُباع بثمنٍ غالٍ، وقد لايوجد له السّوق، وإنّما يشتريه النّاسُ طمعاً في الحصول على مبالغ ضخمة عن طريق شبكة التّسويق. وكان بعضُ النّاس قبل هذا النّظام لا يبيعون شيئاً، بل يتسلّمون الأموال بدفعهم تذاكرَ ليس وراءها مالٌ أو منفعة، غير أنّ الّذي يأخذ هذه التّذكرة يدخل في الشّبكة، ويلتمس آخرين لشراء التّذاكر، ويفوز بمبالغ إن بلغ المشترون إلى عددٍ معيّن. وكان ذلك قماراً بحتاً، ويُسمّى "الطّريقة الأهراميّة" (Pyramid Scheme) ومنعته قوانين أكثر البلاد لأنّه اغتصب أموال النّاس بهذه المقامرة. فلمّا مُنعت هذه الطّريقة، أدخلوا بعض المنتَجات بدل التّذاكر، ولكن زادوا في ثمنها، وسمّوها "شبكة التّسويق"، والمقصود نفسُ ما كان مقصوداً في الطّريقة الأهراميّة. وإنّه لم يُمنع في كثير من البلاد حتّى الآن،[2] ولكنّه بهذه الطّريقة ممنوع شرعاً.

---

(١) المدونة، كتاب الجعل والإجارة ٣: ٤٢٣

(٢) راجع لتفصيله Wikipedia, "Multi- level Marketing" and "Pyramid Scheme"

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٥٩- البيعُ الّذى فيه خيارٌ لأحد العاقدين

والقسمُ الثّانى من البيع الصّحيح : هو الّذى ثبت فيه الخيارُ لأحد المتعاقدين. والخياراتُ على قسمين: الأوّل خياراتٌ تثبت شرعاً، ولاتحتاجُ إلى شرطٍ فى العقد. والثّاني: خياراتٌ تثبت بالشّرط فى العقد. فأمّا القسم الأوّل، فتدخل فيه خياراتٌ آتية[1]:

١- خيارُالرّؤية

٢- خيارُالعيب

٣- خيارُالخُلف

٤- خيارُالمغبون

٥- خيار التّغرير أو التّدليس

---

(١) ولم نذكر هنا خيارالمجلس وخيارالقبول وخيارالرجوع عن الإيجاب لأنّا فرغنا عن هذه الخيارات في مباحث الإيجاب والقبول، وإنّما المقصود هنا الخيارات الّتى تثبت بعد إنجازالعقد بالإيجاب والقبول.

www.besturdubooks.wordpress.com

وأمّا القسمُ الثاني، فتدخل فيه خيارات آتية:

١- خيارُ الشّرط

٢- خيارُ النّقد

٣- خيارُ التّعيين

وإن كان بعضُ الفقهاء توسّعوا في تنويع الخيارات إلى أقسامٍ كثيرة، حتّى ذكروا ٣٣ قسماً للخيارات، ولكنّ معظمَ أقسام الخيارات تندمج في الأقسامِ التي ذكرناها. فنذكر أحكامَ هذه الخيارات بهذا التّرتيب. والله سبحانه وتعالى هو الموفّق للسّداد والصواب.

٣٦٠- خيار الرّؤية

أمّا خيارُ الرّؤية، فإنّما يثبت إذا وقع العقدُ على شيءٍ غائب. وهو حقٌّ يتخيّر به المتملّك بين فسخ العقد أوإمضاءه عند رؤية المعقودعليه. وثبوتُ هذا الخيار موقوفٌ على جواز بيع الشّيء الغائب، فإنّ من لايُجيز بيعَ الشيء الغائب لايحتاج إلى إثبات خيار الرّؤية كماهو ظاهر. واختلف الفقهاء في بيع الشّيء الغائب على أقوال:

المذهب الأوّل: أنّه باطلٌ مطلقاً، سواءٌ أكان بالصّفة أوبغير الصّفة. ويدخلُ في الشّيء الغائب ما لم يرَه المتعاقدان، سواءٌ كان حاضراً، لأنّ هذا البيعَ فيه غرر. وهوقول الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى في مذهبه الجديد. وبناءً على اشتراط الرّؤية لصحّة البيع عند الشّافعيّة قالوا: تكفي رؤيةُ المبيع قبلَ العقد فيما لايتغيّر غالبا إلى وقت العقد، كالأرض والحديد، دونَ ما يتغيّر غالباً كالأطعمة. وتكفي رؤيةُ بعضِ المبيع إن دلّ على باقيه،

www.besturdubooks.wordpress.com

كظاهر الصُّبرة من حنطة أو نحوها.[١]

المذهب الثاني في بيع الشيئ الغائب: أنه يصح إذا وُصف المبيع بصفات، فإن وجده المشتري كما وُصف، لزم المشتريَ ولاخيارَ له إذا رآه، وإن وُجد على غير الصفة، فله الخيار. وهو قولٌ للإمام أحمد وإسحق، وروايةٌ عن الإمامين مالك والشافعيّ. وهو مرويٌّ عن ابن سيرين، وأيوب، والحارث العُكليّ والحكم، وحمّاد، وأبي ثور، وأهل الظاهر، رحمهم الله تعالى جميعاً.

والمذهب الثالث: أنه يصح مطلقاً، ويثبت للمشترى الخيارُ إذا رآه. وهو قول الإمام أبي حنيفة وأصحابه، ورُوِيَ ذلك عن ابن عبّاس. والنّخعيّ والشّعبيّ والحسن البصريّ، ومكحول، والأوزاعيّ وسفيان. وهو روايةٌ في مذهب الشافعيّة والمالكيّة أيضاً.[٢]

ولكن يُشترط لصحة بيع الغائب عند الحنفيّة أن يكون ذاتُه معلوماً إمّا بالتّسمية، أو بالإشارة، أو ببيان مكانه الخاص، أو ببيان حدوده، بحيث لاتبقى في مفهومه جهالةٌ فاحشة،[٣] ولكن لايجب أن تكونَ أوصافُه معلومة، لأنّ جهالة الوصف تزولُ بإثبات خيار الرّؤية.

واستدلّ القائلون بجواز بيع الغائب ماأخرجه الدّارقطنيّ والبيهقيّ عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، قال قال رسول الله صلّى الله عليه سلم:

"من اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه."[٤]

---

(١) مغنى المحتاج ٢: ٢٥

(٢) راجع لهذه المذاهب عمدة القاري، باب بيع الملامسة ١١: ٣٨١

(٣) راجع لتفصيله ردّالمحتار، باب خيار الرؤية ١٤: ٣٤٥ و ٣٤٦ فقره ٢٢٨٢٧

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٢٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد أعلّه المخالفون بأنّ مداره على عمربن إبراهيم الكُرديّ، وهو متّهم بالوضع.
والجواب: أنّ الإمام أبا حنيفة قد روى هذا الحديث عن الهيثم بن حبيب الصّيرفيّ، عن محمّد بن سيرين، عن أبي هريرة رضي الله عنه، كما في جامع مسانيد الإمام[1]، وإنّما جاء عمرُ بن إبراهيم الكرديّ بعد أبي حنيفة، كما هو ظاهر من الدارقطنيّ وجامع المسانيد. وقد ذكر الإمام محمّد بن الحسن الشّيبانيّ هذا الحديثَ في كتابه "الحجّة على أهل المدينة"[2]، باب الرّجل يبيع المتاع من بارنامجه فقال: "الحديثُ المعروف الّذي لا يُشكّ فيه عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، وعليه أمورُ المسلمين إلى يومهم هذا في الآفاق: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "من اشترى شيئاً ولم يره فهو بالخيار إذا رآه".

وفيه دلالةٌ على أنّ الحديثَ كان معروفاً بالصّحة لا يُشكّ فيه عند أهل العراق، وكان حكمُه مجمعاً عليه عندهم قبل أن يرويه عمرُ بنُ إبراهيمَ الكرديّ، فلا يضرُّ الحديثَ ضعفُه، وإذا اشتهر الحديثُ وتلقّاه العلماء بالقبول، استغني عن الأسناد. وقد ذكر شمس الأئمّة السّرخسيّ رحمه الله تعالى أنّ هذا الحديثَ قد رُوي في المشاهير، ثمّ قال: "وهذا الحديثُ رواه عبد الله بن عبّاس، وعطاءٌ، والحسن البصريّ، وسلمةُ بنُ المجير[3] رحمهم الله تعالى مرسلاً عن النّبيّ صلى الله عليه وسلّم."[4]

وقد تأيّد هذا الحديثُ أيضاً بما أخرجه البيهقيُّ عن مكحولٍ مرسلاً عن النّبيّ صلّى

---

(١) جامع مسانيد الإمام ٢: ٢٥

(٢) الحجة على أهل المدينة ٢: ٦٧١

(٣) كذا في النسخة المطبوعة من المبسوط، ولعله سلمة بن المحبق، والله أعلم.

(٤) مبسوط السرخسي ١٣: ٦٩ باب الخيار بغير الشرط

www.besturdubooks.wordpress.com

الله عليه وسلّم قال:

"من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه."

وفي إسناده أبو بكر بنُ أبي مريم، وهو مع ضَعفه يصلح مؤيّداً، وقد بنى عليه الحسنُ البصريُّ مذهبه، كما أخرج عنه البيهقيّ في سننه[١] وكذلك محمدُ بنُ سيرين، كما يظهر من الدار قطني.

وبناءً على اختلاف الفقهاء في بيع الشيئ الغائب، اختلفوا في أحكام خيار الرّؤية. فخيارُ الرّؤية ليس بشيئ عند الشافعيّ في قوله الجديد ومن وافقه في ذلك، لأنّ بيعَ ما لم يرَه المشتري باطلٌ عندهم من أصله. وإنّ أصحاب القول الثّاني، وهم المالكيّة والحنابلة، يُقيّدون خيار الرّؤية بما إذا لم يوافق المبيعُ بعد الرُّؤية ما وصفه به البائع. فإن وُجد المبيع حسبما وصفه البائع، فلا خيارَ للمشتري عندهم، كما تقدّم.

٣٦١- هل يثبت خيار الرؤية بحكم الشّرع أو بالشّرط

ثمّ إنّ خيار الرّؤية في بيع الموصوف يثبت عند الحنابلة تلقائيّاً بحكم الشّرع، ولاحاجة لشرطه في العقد.[٢] والظّاهرُ من مذهب المالكيّة أنّ خيارَ الرّؤية لايثبت تلقائيّاً، بل لابدّ من شرطه في العقد. وهذا يظهر ممّا لخّصه الدّسوقيّ من حكم بيع الشّيئ الغائب. قال رحمه الله تعالى:

"إعلم أنّ بيعَ الغائب فيه ستُّ صور: لأنّه إمّا أن يُباع على الصّفة، أوبدونها، وفي

(١) سنن البيهقي ٥: ٢٦٨

(٢) قال ابن قدامة: "لأنّه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط، فيتقيّد بالمجلس." (المغني لابن قدامة ٤: ٧٩)

www.besturdubooks.wordpress.com

كلٌّ منهما إمّا أن يُباعَ على البتّ، أو على الخيار، أو على السُّكوت. وكلّها جائزة، إلّا ما بيع بدون صفةٍ على اللّزوم أو السّكوت."[١]

وظاهره أنّ الموصوفَ بيعُه جائزٌ في جميع الصّور، سواءٌ أكان بشرط الخيار، أو بشرط اللّزوم، أو بالسّكوت، وأنّ بيعَ غير الموصوف جائزٌ بشرطِ الخيار فقط.

أمّا الحنفيّة، فخيارُ الرُّؤية عندهم ثابتٌ بحكم الشّرع، فلا يحتاجُ إلى الشّرط في العقد، ويتخيّر المشتري عند الرّؤية، سواءٌ أُوجد المبيع حسبما وصفه البائع، أم وُجد بخلاف الوصف، حتّى قالوا إنّ المشتريَ لو رضيَ بالمبيع قبل الرّؤية، وقال: رضيتُ بالمبيع، كائناً ما كان، فإنّه لا يسقط خيار الرّؤية، بل يثبت له الخيار بعد ما يراه.[٢]

٣٦٢- خيار الفسخ قبل الرؤية

ثمّ المذكورُ في أكثر كتب الحنفيّة أنّ الشّراء إن كان فيه خيار، فإنّه شراءٌ غير لازم، بمعنى أنّه يجوز للمشتري أن يفسخه قبلَ الرّؤية. وذلك لأنّ عدمَ الرّؤية يمنعُ تمامَ الصّفقة، ولأنّ جهالةَ الوصف تؤثّر في الرّضا، فتوجب خللاً فيه. واختلالُ الرّضا في البيع يوجب الخيار.[٣] ولم يذكر صاحبُ الهداية فيه خلافاً فيما بين الحنفيّة. وذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى فيه خلافاً للمشايخ، ثمّ رجّح عدمَ اللّزوم. ولكن قال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى: "وقد سلك المصنّفُ (يعني صاحبَ الهداية) رحمه الله مسلك الطّحاويّ في عدم نقل خلافٍ في جواز الرّدّ قبل الرّؤية، ونقل في "التّحفة" فيه اختلافَ المشايخ، منهم من منع وأنّه لا رواية فيه." ثمّ ردّ ابنُ الهمام رحمه الله

(١) حاشية الدّسوقيّ على شرح مختصر خليل للدّردير ٣: ٢٥

(٢) فتح القدير ٥: ٥٣٢

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٥٧١

www.besturdubooks.wordpress.com

تعالى أدلّةَ من يُجيز فسخَ البيع من المشترى قبل رؤيته للمبيع، وقال:

"بل نقول: قبلَ الرّؤية البيعُ باتٌّ، فليس له فسخُه، فإنّ الشّارعَ علّق إثباتَ قدرة الفسخ والإجازة الّتى هي الخيارُ بالرّؤية، فقبلَه يثبت حكم السّبب، وهو اللّزومُ إلى غاية الرّؤية، ثمّ يرفعُه عندها، فتثبت قدرةُ الفسخ والإجازة معاً."[1]

وهذا كلامٌ وجيه، لأنّ المشتريَ مادام بالخيار عند الرّؤية، فله فسخُ البيع بعد الرّؤية، حتّى أنّه لا يلزمه بيانُ سبب الردّ، فلا داعيَ لإعطاءه الخيارَ قبل ذلك، والله سبحانه أعلم.

٣٦٣- هل يثبت خيار الرؤية لمن باع مالم يره؟

وإن كان البائعُ لم يرَ المبيع قبل العقد، بأن ورث عيناً في بلدٍ آخر مثلاً، فكان أبوحنيفة رحمه الله تعالى يقول أوّلاً: إنّ له خيارَ الرّؤية مثلَ ما يثبت للمشترى إذا لم يرَ المبيع، ونقل ابن قدامة رحمه الله تعالى أنّه قول الشّافعيّ وأحمد في رواية. وقولُه الآخر إنّه لايصحّ البيع. ثمّ رجع الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى عن قوله، ولم يُثبت الخيارَ للبائع، استدلالاً بما أخرجه البيهقيّ عن ابن أبي مليكة:

"أنّ عثمانَ ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضاً بالمدينة، ناقله بأرضٍ له بالكوفة. فلمّا تباينا، ندِم عثمان، ثمّ قال: بايعتُك ما لم أرَه. فقال طلحة: إنّما النّظرُ لي، إنّما ابتعتُ مغيباً، وأمّا أنت، فقد رأيتَ ما ابتعتَ. فجعلا بينهما حَكَماً، فحكّما جُبيرَبن مُطعم، فقضى على عثمان أنّ البيعَ جائز، وأنّ النّظرَ لطلحة أنّه ابتاع مغيباً."[2]

---

(١) فتح القدير ٥: ٥٣٣

(٢) السنن الكبرى للبيهقيّ ٥: ٢٦٨ وأخرجه الطّحاويّ في شرح معاني الآثار، باب تلقّي الجلب ٤: ١٠ عن ابن أبي مليكة عن علقمة بن وقاص اللّيثيّ بمعناه.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٦٤- حدود الرّؤية

والرّؤيةُ الّتي يسقط بها الخيار رؤيةُ ما يدلّ على العلم بالمقصود، لأنّ رؤية جميع أجزاء المبيع غيرُ مشروطٍ لتعذّره، فيُكتفي بماهو مقصود، والباقي تبعٌ له. ولذلك قالوا: من نظر إلى وجه الصُّبرة، أو إلى ظاهر الثّوب مطوياً فلا خيار له، إلاّ إذا كان في طيّه ما كان مقصوداً، مثل موضع العَلَم. وقد ذكر الفقهاء تفريعاتٍ كثيرةً على الأصل المذكور، فبيّنوا أحكامَ مبيعاتٍ مختلفة على هذا الأساس، ولكنّ كونَ الشّيء مقصوداً أو تبعاً يختلف باختلاف المبيعات وأحوال الزّمن. ولذلك رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّه قال: لو رأى صحنَ الدّار، سقط خيارُ الرّؤية، وإن لم يُشاهِدْ بيوتَها، وكذلك إذا رأى خارجَ الدّار، أو رأى أشجارَ البُستان من خارج. وقال زفر رحمه الله تعالى: لابدّ من دخول داخل البيوت. وقال صاحب الهداية بعد نقل هذا الخلاف:

"والأصحّ أنّ جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية، فإنّ دورهم لم تكن متفاوتةً يومئذٍ. فأمّا اليوم فلابدّ من الدّخول في داخل الدّار للتّفاوت، والنّظرُ إلى الظّاهر لايُوقع العلم بالدّاخل."[1]

فينبغي أن يُنظرَ إلى ما هو مقصودٌ في كلّ نوعٍ من المبيعات حسبَ العُرف والعادة. ولايغيبُ عن البال أنّ سقوطَ خيارَ الرّؤية لاينفي خياراً آخر، مثلَ خيار العيب، أو خيار الخُلف، كما سيأتي في محلّه إن شاء الله تعالى.

وبما أنّ المقصودَ بالرّؤية العلمُ بما هو مقصودُ البيع، فإنّ الرّؤيةَ لا تختصّ برؤية النّظر، بل قد يحتاج المشتري إلى الجسّ كما في الحيوان، أو إلى الشّمّ كما في

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٥: ٥٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الطِّيب، أو إلى الذَّوق كما في المطعومات، فقد يحتاجُ إلى مثل هذه الأعمال مع الرُّؤية لحصول العلمِ الكافي، وقد تنوب هذه الأعمالُ عن الرُّؤية، كالشَّمِّ في الطِّيب إذا اشتراه ليلاً، أو إذاكان المشتري أعمى. فتكفي هذه الأعمالُ لسقوط خيار الرُّؤية إن حصل بها العلمُ المقصود. قال صاحب الهداية في شراء الأعمى: "يسقط خياره بجسّه المبيعَ إذا كان يُعرَف بالجس، وبشَمّه إذا كان يُعرف بالشَّمّ، وبذوقه إذا كان يُعرفُ بالذَّوق، كما في البصير." وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى تحته: "وقوله كما في البصير ظاهرٌ في أنّ البصيرَ إذا لم يرَ المبيع، ولكن شمّه فقط (كما في ظُلْمة اللّيل) وهو ممّا يُعرفُ بالشّمّ، كالمسك ونحوه فرضيَ به، ثمّ رأى فلا خيارَ له."[1]

٣٦٥- خيار الرّؤية في التّجارات الدّوليّة

قد مرّ من مذهب الحنفيّة أنّ خيارَ الرّؤية للمشتري لايعتمد إلاّ على مجرّد رؤية المبيع، بمعنى أنّه يحقّ له فسخُ البيع بعد الرّؤية، ولايجب عليه أن يبيّن سببَ الفسخ، ولا أن يكونَ الفسخُ لعيبٍ في المبيع، أو لفقدان وصفٍ مطلوب. وليست هناك مشكلةٌ عمليّةٌ في إثبات مثلِ هذا الخيار في المبادلات المحلّيّة. ولكن هناك إشكالٌ عمليٌّ كبيرٌ في إثباتِ خيار الفسخ بمجرّد الرّؤية في التّجارات الدّوليّة، وذلك لأنّ البضاعاتِ تُرسَل إلى المشتري عن طريق البواخر غالباً. فلو وصلت إلى المشتري عن طريق الباخرة، وكانت حسبَ المواصفات المتّفق عليها، ثمّ ردّها المشتري بمجرّد خيار الرّؤية، فإنّ فيه ضرراً كبيراً على البائع. فلو أخذنا بمذهب الحنفيّة، فإنّه يحقّ للمشتري أن يردّها، وقد اختلفت أقوالُ فقهاء الحنفيّة في تعيين مَن يتحمّل نفقاتِ الحمل والنّقل فيما إذا

---

(١) فتح القدير ٥: ٥٤١

كان البيعُ لشيءٍ غائب، ثمّ جاء البائعُ بالمبيع إلى المشتري وردّه المشتري. والّذي تقرّر في الأخير أنّه إن جاء به البائعُ بغير طلبٍ من المشتري، فإنّ البائع يتحمّل نفقات الحمل إلى المشتري، وللمشتري أن يردّه بخيار الرّؤية. ونقل ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّه يلزم المشتري تحميلُه إلى محلّ العقد.[1] (ولايظهر له وجهٌ إن كان البائعُ جاء به بدون طلبٍ من المشتري). أمّا إذا جاء به بطلبٍ من المشتري، فالظّاهرُ أنّه يتحمّل نفقاتِ الحمل جائياً وراجعاً.

وظاهرٌ أنّ إرسالَ البضاعات في التّجارات الدّوليّة يكون بطلبٍ من المشتري. فلو ردّه بخيار الرّؤية، فإنّه يتحمّل نفقاتِ الشّحن إلى بلده، ثمّ نفقات ردّه إلى بلد البائع، وإنّ هذه النّفقاتِ باهضةٌ من غير نفعٍ يرجع إليه، فليس في صالحه أن يردّ المبيع بخيار رؤية إن كان موافقاً للمواصفات. ولكن لو فرضنا أنّه استعدّ لتحمّل هذه النّفقات لسببٍ من الأسباب، فالظّاهر من مذهب الحنفيّة أنّ له ذلك. ولكنّه يسبّب ضرراً كبيراً على البائع، ولاسيّما في التّجارة فيما بين البلدان النّائية، حيثُ إنّ وصولَ البضاعة من ميناءٍ إلى ميناءٍ آخر يتطلّب وقتاً كبيراً قد تختلف فيه الأسعار، ولايزالُ البائع طوال هذا الوقت متردّداً في مآل البيع.

ولأجل هذه الأسباب ينبغي أن يؤخذ في التّجارات الدّوليّة بمذهب من يقيّد خيار الرّؤية بكون المبيع مخالفاً للمواصفات المتّفق عليها. أمّا إذا كان المبيعُ حسب المواصفات، فلا خيارَ للمشتري بمجرّد الرّؤية. وهو قولٌ للإمام أحمد وإسحق، وروايةٌ عن الإمامين مالك والشّافعي رحمهم الله تعالى، كما ذكرنا في بيان المذاهب.

---

(١) راجع لتفصيله الدرّ المختار مع ردّ المحتار ٤: ٣٤٧و٣٤٨ باب خيار الرؤية، فقرة ٢٢٨٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

وهذا كما سبق في مبحث الاستصناع أنّ أصلَ مذهب الحنفيّة في ظاهر الرواية ثبوتُ خيار الرؤية للمستصنِع، سواء أ وُجد المصنوع موافقاً للمواصفات أم لا. ولكن ذهب أبويوسف رحمه الله تعالى إلى أنّه لاخيارَ بالرؤية إن وُجد المصنوعُ حسبَ المواصفات المتّفق عليها في العقد. وقد أفتى المتأخّرون من فقهاء الحنفيّة بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وهو الّذي اختارته مجلّةُ الأحكام العدليّة. فينبغي أن يكون الحكمُ كذلك في التّجارات الدّوليّة، والله سبحانه أعلم.

خيار العيب

٣٦٦- ثبوت خيار العيب

خيارُ العيب: حقٌّ يثبُت للمشتري لِردّ المبيع بسبب عيبٍ كان في المبيع وقتَ الشّراء ولم يطّلع عليه(١). وأصله دلالةً قوله تعالى:

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" [النّساء: ٢٩]

فدلّت الآيةُ على أنّ عدمَ الرّضا يمنعُ صحّةَ البيع، فإن فُقِد الرّضا من أصله، لايتحقّق البيعُ شرعاً. وإن اختلّ رضا المشتري بسبب العيب، فإنّه يوجبُ الخيارَ فيه، إثباتاً للحكم على قدر الدّليل.(٢) وقد وردت السنّة بهذا الخيار أيضاً، فأخرج أبوداود عن عائشة رضي الله عنها قالت:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٨ والفتاوى الهندية ٣: ٦٦

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٥٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

"إنّ رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يُقيم، ثمّ وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، فردّه عليه، فقال الرّجل: يا رسول الله! قد استغلّ غلامي، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم: "الخراجُ بالضّمان"."[1]

٣٦٧- مخالفة القوانين الوضعيّة للشّريعة الإسلاميّة في موضوع خيار العيب

وفي هذا يتميّز الفقهُ الإسلاميّ عن بعض القوانين الوضعيّة الّتي تُخالف الشّريعة الإسلاميّة من جهتين:

٣٦٨- الجهة الأولى

الجهة الأولى: أنّ بعض القوانين الوضعيّة لاتُسلّم مسئوليّةَ البائع في الإفصاح عن العيوب الخفيّة في المبيع،[2] بل تعتقد أنّ من مسئوليّة المشتري أن يتأكّد من سلامة المبيع بنفسه، إن لم يكن البائعُ صرّح بضمان السّلامة (warranty). فإن اطّلع المشتري على عيب في المبيع بعد الشّراء فلا يحقّ له الرّدّ. وإنّ هذا الأصلَ معروفٌ عندهم بالمثل القائل: "Caveat Emptor!" (حذر المشتري) ولذلك قد

(١) سنن أبي داود، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثمّ وجد به عيباً، حديث ٣٥١٠ وأخرجه أيضا الحاكم في المستدرك (٢: ١٨) ولفظه: "الغلّة بالضمان"، وقال "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه،" وأقرّه الذهبيّ في التلخيص بقوله: "صحيح"

(٢) الأصل في القانون الإنكليزي أن عدم الإفصاح لايُعتبر تغريرا إلاّ في حالات استثنائية. راجع لتفاصيل ذلك:

Chitty: On Contracts, Paragraph 358 and Neil Andrews: Contract Law, p 270 Cambridge University Press 2011

www.besturdubooks.wordpress.com

ذكر في المادّة ١٧ من قانون المعاهدة الهنديّ المبنيّ على القانون الإنكليزيّ العامّ أنّ سكوتَ البائع عن بيان عيبٍ لا يُعتبر خداعاً من قِبل البائع، إلاّ أن يكونَ السّكوتُ مع من يجب أمامه الإفصاح، ومثّلوا ذلك بمن باع حصاناً مَعيباً، ولم يُفصح عن عيبه، فإنّ عدمَ إفصاحه لايُعتبر خداعاً، ولذا فإنّ البيع يكون تامّاً، إلاّ إذا كان البيعُ مع بنته، حيثُ كان يجب عليه الإفصاح معها. ولكنّ هذا الأصل مخالفٌ تماماً لمبادئ الشريعة الإسلاميّة، فإنّها لاتُفرّق بين أولاد الانسان وبين غيرهم في صحّة التّعاملات التجاريّة.

وقد وردت السنّة بالنّهي والوعيد الشّديد على بيع المعيب بدون بيان العيب للمشتري، فقد رُوي عن عقبة بن عامر الجهنيّ رضي الله تعالى عنه أنّه قال: سمعتُ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يقول:

"المسلمُ أخو المسلم، ولا يحلّ لمسلمٍ إن باع من أخيه بيعاً فيه عيبٌ أن لا يُبيّنه له".[1]

والظّاهرُ أنّ كونَ البيع من المسلم ليس بقيد، وإنّما وقع لبيان الواقع الغالب، ويشهد لذلك حديث واثلة بن الأسقع رضي الله تعالى عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

"من باع عيباً لم يُنبّه عليه لم يزل في مقْت الله" أوقال: "لم تزل الملائكة تلعنُه."[2]

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (كتاب البيوع ٢: ١٠) وقال: "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه" وفي تعليق الذهبي رحمه الله تعالى تحته: "على شرط البخاري ومسلم."

(٢) أخرجه ابن ماجه، باب من باع عيباً فليبيّنه، حديث ٢٢٤٧ وقال البوصيريّ في الزّوائد: "هذا إسناد ضعيف لتدليس بقيّة بن الوليد وضعف شيخه."

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد روى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أنّ النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم مرّ على صُبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟" قال أصابته السماء يا رسول الله! قال: "أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس! من غشّ فليس منّي"(١)

وروى حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال:

"البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا، أو قال: حتى يتفرّقا، فإن صدقا وبيّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا مُحِقت بركةُ بيعهما"(٢)

٣٦٩- الجهة الثانية

الجهة الثانية لمخالفة القوانين الوضعيّة أحكام الشّريعة الإسلاميّة أنّ هذه القوانين لا تُعطي للمشتري خيار العيب بالصفة التي تُعطيها الشّريعة الإسلاميّة، فإنّ الأصل عندهم هو ما ذكرنا من مبدأ "Caveat Emptor!" (حذر المشتري) وأنّ مسئوليّة سلامة المبيع تقع على عاتق المشتري، وليس على البائع بصفة عامّة. فإنّهم لايعطون خيار الفسخ للمشتري إلّا إذا خالف البائع الشّروط (conditions) أو ضمان السلامة (warranties) المنصوصة في العقد أو الضمانات التي تثبت اقتضاءً (Implied warranties). وإنّ مبدأ "Caveat Emptor!" (حذر المشتري) قد عملت به المادّة ١٤ من القانون الإنكليزي (The English Act 1893) وقد أقرّته وحكمت

---

(١) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، حديث ٢٩٦

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث ٢٠٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

به المحاكم الإنكليزية ومن حذا حذوها. وقد فسّر هذا المبدأ في قضايا كثيرة في المحاكم الإنكليزية، وقد جاء في قرار مشهور من قرارات هذه القضايا ما يأتي: (١)

"إن كان المبيعُ قابلاً للمشاهدة، وليس هناك تغرير من البائع، فإنّ أصل "Caveat Emptor!" (حذر المشتري) هو الّذي يَطبَق، ولو كان المبيع فيه عيبٌ خفيٌّ لا يظهر بالمشاهدة، على الأقلّ فيما إذا لم يكن البائعُ زارعاً أو صانعاً. وفي مثل هذه الحالات هناك فرصةٌ للمشتري أن يبتّ في أمر الشّراء بالمشاهدة. ولئن لم يكن مطمئناً بالمشاهدة، يُمكن له أن يشترط بعض المواصفات في عقد البيع. ولذا، فلا يوجد في عقد البيع ضمانٌ تلقائيٌ لكون المبيع متّصفاً بصفة، أو لكونه قابلاً للبيع والشّراء."

و على هذا، قد صرّحت المادّةُ ١٦ من قانون "بيع المال" في شبه القارة الهندية الّذي هو مبنيٌّ على القانون الإنكليزي بأنّه لا تثبت في عقد البيع صفةُ كونه صالحاً تلقائياً

---

(١) ونصه

"which are in esse and may be inspected by the buyer, and there is no fraud on the part of the seller, the maxim caveat emptor applies, even though the defect which exists in them is latent, and not discoverable on examination, at least where the seller is neither the grower nor the manufacturer. The buyer in such a case has the opportunity of exercising his judgement upon the matter, and if the result of the inspection be unsatisfactory, or if he distrusts his own judgment, he may if he chooses require a warranty. In such a case it is not an implied term of the contract of sale that the goods are of any particular quality or are merchantable." (Jones v Just (1868) LR 3 QB 197, p 202 as cited in Pollock and Mulla On the Sale of Goods Act 1930, Section 16, p 156)

www.besturdubooks.wordpress.com

بطريق الاقتضاء، حتّى يكون منصوصاً في العقد. وإنّه قد ظهر بعد ذلك عدة قوانين للحفاظ على حقوق المستهلكين باسم "قانون حماية المستهلكين" (Consumers Protection Act) مثل ما صدر في المملكة المتّحدة، وفي الهند سنة ١٩٨٦ وفي ولاية بنجاب في باكستان سنة ٢٠٠٥. ولكنّ معظم أحكام هذه القوانين تتعلّق بضرر يحصل للمستهلك أو غيره باستخدام مصنوعات أو مبيعات معيبة، فيحقّ له أن يُطالب بتعويض ذلك الضرر، أو يرفع الدعوى على الصانع أو البائع، فتكون هناك جمعيّةٌ تحكم بما تراه مناسباً. ولم أجد في هذه القوانين ما يُسمّى "خيار العيب" في الفقه الإسلاميّ، إلاّ أن يكون بتغرير أو تدليس منه، وتحكم بذلك تلك الجمعيّة.

وحاصلُ هذه القوانين أنّ البائع ليس مسئولاً بالإفصاح عن العيوب، ولا خيارَ للمشتري عند وجود عيبٍ خفيّ، إلاّ إذا اشترط ذلك بنصٍّ في العقد، أو كان ذلك معهوداً بطريق الاقتضاء حسب ما ورد في المادّة ١٦ من القانون الهنديّ، والمادّة ١٤ من القانون الإنكليزيّ. فكأنّ الخيار عندهم مقتصرٌ على ما يُسمّى في الفقه الإسلاميّ "خيار فوات الوصف" أو "خيار الخُلف" الّذي سيأتي ذكرُه إن شاء الله تعالى بعد خيار العيب.

أمّا الشّريعةُ الإسلاميّة، فتضمنُ حقوق الطّرفين، وأن يكون العقدُ شفّافاً لكلّ من المتعاقدين، وأن لايستغلّ أحدهما الآخر، ولو بسكوته. ولهذا أوجب رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم على البائع أن يُفصح عن عيوب المبيع، وأعطى الخيارَ للمشتري إذا لم يُفصحه البائعُ عند العقد. وبناءً على ذلك، أجمع فقهاءُ الشّريعة الإسلاميّة على ثبوت أصلِ هذا الخيار. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

"متى علِم بالبيع عيباً لم يكن عالماً به، فله الخيارُ بين الإمساك والفسخ، سواءٌ كان

www.besturdubooks.wordpress.com

البائعُ علمَ العيبَ أو كتمه، أولم يعلم. لا نعلمُ بين أهل العلم في هذا خلافاً"[١]

وبعد التّنبيه على هذا الفرق بين الفقه الإسلاميّ والقوانين الوضعيّة، نذكر أحكام خيارَ العيب حسبَ الفقه الإسلاميّ بشيءٍ من التّفصيل بما يدلّ على دقّته في مراعاة الطّرفين في هذا الصّدد.

٣٧٠- أحكام خيار العيب

وإنّ تطبيقَ خيار العيب له تفاصيل كثيرةٌ نلخّصها فيما يلي، ابتداءً ببيان شروط ثبوته، والله سبحانه وتعالى هو الموفّق للسّداد والصّواب.

٣٧١- شروط ثبوت خيار العيب

قد ذكرَ الفقهاءُ شروطاً متعدّدة لثبوت خيار العيب. و يظهر بعد تتبّع كلامهم أنّ هذه الشّروط ترجع إلى ثلاثة أمور:

١) ظهورُ عيبٍ معتبر في إثبات الخيار

٢) جهلُ المشتري بالعيب وقتَ العقد

٣) عدمُ رضا المشتري بالعيب

ولندرُسْ كُلاً من هذه الشّروط بشيءٍ من التّفصيل، وبالله التّوفيق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٧٢- الشرط الأول: ظهورُ عيبٍ معتبر

ومعنى هذا الشرط أن ينكشف للمشتري عيبٌ اعتبره الفقهاء عيباً مثبتاً للخيار. فإنّ ثبوت الخيار للمشتري لايكون بأيّ عيب. فالعيبُ الّذي يثبت الخيار قد عرّفوه لغةً بقولهم: "ما يخلو عنه أصلُ الفطرة السّليمة ممّا يُعدّ به ناقصاً."(١) ولذلك رداءةُ الحنطة لاتُعتبر عيباً، لأنّ الحنطة تُخلق جيّدةً ورديئةً ووسطاً. أمّا العيب، فما كان خلافاً لأصل الفطرة السّليمة، مثل العفَن، والبلل، والسّوس. ولهذا عرّف بعضُ الحنفيّة العيبَ بقولهم: "ما ينقّص الثّمن عند التّجار"(٢) وزاد الشّافعيّة: "أو ما يفوتُ به غرضٌ صحيحٌ، بشرط أن يكون الغالبُ في أمثال المبيع عدمه." ورجّحه ابن عابدين رحمه الله تعالى. ومثّله بحيوان الأضحيّة إن قُطع من أذنه ما يمنعُ الأضحيّة، لأنّه قد لاينقّص القيمة، ولكن يفوتُ به غرض الأضحيّة.

والّذي يظهر للعبد الضعيف عفا الله عنه أنّ القطع في أذن الحيوان إن لم يكن يُنقّص القيمةَ في عرف التّجار، فإنّه لايُعدّ عيباً، وجوازُ الردّ إذا اشتراه المشتري للأضحيّة ليس لكونه عيباً، بل لفوات وصفٍ مقصودٍ للمشتري، وذلك بابٌ آخر، ويجب في مثله أن يشترط العاقدان هذا الوصف إمّا صراحةً، أو يكون ذلك مشروطاً بدلالة الحال، مثل أن يقع البيعُ في أيّام الأضحيّة الّتي ثبت بحكم العرف فيها أنّ المشترين إنّما يشترون الحيوان للأضاحي، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في خيار فوات الوصف.

أمّا إذا كان هناك نقصٌ في العين ولاتنتقص به القيمة، فقد اختلفت فيه أقوال الفقهاء، فمنهم من اعتبره عيباً، مثل الخصي في العبد، فإنّه عيبٌ في قول الشّافعيّة والمالكيّة

---

(١) فتح القدير ٦: ٢

(٢) تنوير الأبصار مع ردّ المحتار ٤: ٣٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

والحنابلة،[1] وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إنّه ليس بعيب، لأنّه تزيد قيمته لرغبة النّاس فيه لجواز دخوله على النّساء.[2]

والحاصل على ما يظهر من كلام الفقهاء أنّ المدارَ في كون العيب معتبراً لخيار الرّدّ هو العُرف، فإن اعتبر العرفُ المبيعَ معيباً، ثبت فيه خيارُ الردّ بسبب العيب. وإن ثبت كونُ وصفٍ من أوصافه مشروطاً في العقد بحكم العرف، ثبت فيه خيار الردّ لفوات الوصف. وفيه يتأتّى غرضُ المشتري من الشّراء. فإن تبيّن غرضُه بتصريح أو دلالة، ففواتُ ذلك الغرض يُثبت الردّ. وعلى هذا ينبغي أن يُخرّج مسألة الخصي أيضاً. فلو تبيّن غرض المشتري أنّه يقصد خصيّاً واشترطه في العقد صراحةً أو دلالةً، ثمّ بان أنّه غيرخصيّ، فله الرّدّ، لاللعيب، بل لفوات وصف، وكذلك العكس، إن كان يقصد فحلاً واشترطه في العقد ببيان غرضه، ثمّ تبيّن أنّه خصيّ، فالظّاهر أنّه يُخيّر عند أبي يوسف أيضاً. وإنّما الخلافُ يجري فيما إذا لم يُعرف غرضُ المشتري عند العقد صراحةً أو دلالةً. والله سبحانه أعلم.

٣٧٣- الرجوع إلى العرف في تحقّق ضابط العيب

ثمّ المراد من العُرف عرفُ أهل الخبْرة في كلّ شيء، وإنّ ذكرَ الفقهاء التجّارَ في قولهم "عرف التّجار" ليس تخصيصاً لهم، كما يظهرُ من قول ابن الهمام رحمه الله تعالى: "والمرجعُ في كونه عيبًا أولا لأهل الخبْرة بذلك، وهم التّجار، أو أربابُ الصّنائع إن كان

---

(١) ليراجع تكملة المجموع ١٢: ٣٠٩ و ٣١٠ و شرح مختصر خليل للخرشي (٥: ١٢٦) و كشّاف القناع أول بحث خيار العيب ٣: ٢٠٣

(٢) رد المحتار، قبيل باب خيار الرؤية، ١٤: ٢٣٧ فقره ٢٢٨٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

المبيعُ من المصنوعات، وبهذا قالت الأئمةُ الثلاثةُ."[1] قال الشيرازي رحمه الله تعالى: "والعيبُ الذي يُرَدُّ به المبيع ما يعده الناس عيباً، فإن خفي منه شيءٌ رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس."[2]

ثم إذا اختلف أهلُ الخبرة في كون الشيء عيبًا، لا يُعدّ ذلك عيبًا عند الحنفيّة، قال الإمام قاضي خان رحمه الله تعالى: "رجلٌ اشترى جاريةً لا تُحسِن التركيّة، والمشتري لم يعلم بذلك ثم علم، أو كان المشتري يعلم بذلك، لكن لا يعلم أنّه يُعدّ عيبًا، كان له أن يردّ. وإن اختلف التُّجار فيما بينهم، قال بعضهم هو عيبٌ، وبعضهم قال ليس بعيبٍ، لم يكن له أن يردّ إذا لم يكن عيبًا بيّنًا عند الكلّ."[3]

أمّا الشافعيّةُ، فلديهم تفصيلٌ في المسألة ذكره العلامة السبكيّ رحمه الله تعالى بقوله: "قال صاحبُ التهذيب: إن قال واحدٌ من أهل العلم به إنّه عيبٌ ثبت الرّدُّ به، وكذلك يقتضيه كلامُ صاحب العُدّة، واعتبر صاحب التتمّة شهادةَ اثنين. ولو اختلفا في بعض الصّفات هل هو عيبٌ؟ وليس هناك من يُرجع إليه، فالقول قولُ البائع مع يمينه."[4]

٣٧٤- عناصر العيب المعتبر

قد ذكر الفقهاءُ رحمهم الله تعالى عناصرَ وقيوداً للعيب المؤثّر في إثبات الخيار، وهي كالتفسير لما مرّ في بحث ضابط العيب من كونه منقّصًا للعين أو القيمة مع كون الغالب في

---

(١) فتح القدير ٦: ٤
(٢) المهذب مع تكملة المجموع ١٢: ٣٠٩
(٣) الخانية على هامش الهندية ٢: ٢٠١
(٤) تكملة المجموع ١٢: ٣١٣

www.besturdubooks.wordpress.com

أمثال المبيع السّلامةُ منه؛ فالبحثُ التّالي يتعرّض للعناصر الّتي لا بدّ من وجودها في العيب، لكونه منقّصا للعين أو القيمة مع كون الغالب في أمثال المبيع السّلامةُ منه، فإن وُجدت هذه العناصر في عيبٍ، يُعدّ عيبًا معتبرًا، وإلّا فلا.

٣٧٥-الأوّل: أن يكون العيبُ في نفس المبيع. فالعيوبُ في غير المبيع لا أثرَ لها في إثبات الخيار. وهذا أمرٌ ظاهر. ولكن إن تفاوتتْ قيمةُ المبيع لأسبابٍ خارجيّة، فيظهرُ من كلام بعض المتأخّرين أنّه يثبتُ به خيارُ العيب. قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى:

"إعلم أنّه لا بدّ أن يكون العيبُ في نفسِ المبيع، لما في الخانيّة وغيرها: رجلٌ باع سُكنى له في حانوتٍ لغيره، فأخبر المشتريَ أنّ أجرةَ الحانوتِ كذا، فظهرَ أنّها أكثرُ، قالوا: ليس له الرّدُّ بهذا السّبب؛ لأنّ هذا ليس بعيبٍ في المبيع. اهـ قلت: المراد بالسُّكنى ما يبنيه المستأجرُ في الحانوت، ويُسمّى في زماننا بالكدك[1].....لكنّه اليوم تختلفُ قيمتُه بكثرة أجرة الحانوت وقلّتها، فينبغي أن يكون ذلك عيبًا تأمّل."[2]

فالمبيعُ في هذه الصّورة السُّكنى، وإنّ المشتريَ يحصّل بذلك على حقّ القرارِ في الأرض أوالبناء، بدفع أجرةٍ إلى مالك الأرض أو البناء. وقد تزيدُ قيمةُ السّكنى إن

---

(١) الكَدِك كلمة تركيّة والمراد منها الأعيان التي أحدثها مستأجرعقار الوقف وحصل له بذلك حقّ القرارفي ذلك العقار وقد يُسمّى بالسكنى والجدك. وإنما يجوز بيع الكدك لكونه بيعا للأعيان المملوكة والمستعمرة من المستأجر، ويلحق بها حقّ القرار، فليس هو خلوًا محضا، كما أوضحته في بحثي "بيع الحقوق" (راجع بحوث فقهيّة معاصرة ١: ١٠٣ وما بعده).

(٢) ردّالمحتار، باب خيارالعيب ١٤: ٣٨٧ فقره ٢٢٩٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

كانت الأجرةُ قليلةً، وتنقُص إن كانت كثيرة، فهذا سببٌ خارجيٌ يؤثّرُ في تقويم المبيع. فإن اشتراه المشتري على أنّ الأجرةَ الّتي تجبُ عليه أقلَّ، وظهرَ أنّها أكثر، وتنتقص قيمةُ السّكنى في عرف التّجار لذلك، فإنّ ابن عابدين رحمه الله تعالى استظهرَ جوازَ الرّدّ. والظّاهرُ أنّ هذا يندرج في خيار الخُلف، وليس في خيار العيب، فينبغي أن يُشترط لجواز الرّدّ أن يكون البيعُ بشرط نقصان الأجرة في السُّكنى أو الكدك. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولاينبغي أن يُقاسَ على هذا بيتٌ أو دكّانٌ اشتراه المشتري للاستغلال على ظنّ أنّه يَدِرُّ غلّةً أكثر، فتبيّن له أنّ غلّته أقلّ، لأنّ هذا ليس بعيبٍ في المبيع، وإنّما أجرةُ مثله تنبني على ظروف السّوق الّتي هي معرّضةٌ للتّغيّر حيناً بعد حين. وينبغي أن لايجوز في شراء عقارٍ أو دكانٍ أو متجرٍ أن تُشترط غلّةٌ معيّنةٌ يُدرّ ذلك العقار، لأنّ فيه غرراً ظاهراً. فلو اشترطَ ذلك فسد البيع. ولايدخل في خيار العيب ولا في خيار الخُلف.

ثمّ إنّ المالكيّة فرّقوا بين العيب الّذي يمكن تدليسُه، والّذي لايُمكن تدليسُه. فخيارُ العيب عندهم يثبتُ في الأوّل، دون الثّاني. والمرادُ منه ما لايعلمُ به البائعُ ولاالمشتري، ولايظهرُ العيبُ إلاّ بعد تغييرٍ في المبيع، مثل سُوس الخشب، وفساد بطن الجوز ونحوه، ومُرّ قثّاء، فإنّه لايثبت فيه خيارُ العيب إلاّ بالشّرط، والعادةُ كالشّرط بمعنى أنّه إن جرت العادةُ بالرّدّ بذلك العيب بعد الاطّلاع عليه، عُمل بها.[1] فكأنّه يدخل في خيار الخُلف عندهم، لوجوب الاشتراط صراحةً أو عُرفاً.

---

(۱) المقدمات الممهدات ۲: ۱۰۰ والدسوقي ۳: ۱۱۳

٣٧٦- العنصر الثاني: أن يحصل العيبُ حينما يكون المبيع في ضمان البائع:

اتفقت المذاهبُ الأربعةُ على أنّه يُشترط لثبوت خيار العيب أن يكون العيبُ منذُ كان المبيعُ في ضمان البائع[1].

وإنّ انتقالَ الضمان إلى المشتري إنّما يتحقّق في عامّة الأحوال بقبض المشتري أو بتخلية البائع، ولكن هناك أحوالٌ أخرى في مذهبي المالكيّة والحنابلة ينتقل فيها الضّمان بمجرّد العقد، أو يبقى بعد التّخلية أو القبض إلى مدّة معلومة. وقدّمنا هذه الأحوال في أحكام البيع الصّحيح تحت عنوان: "متى ينتقل ضمان المبيع إلى المشتري"، فلتراجع.

٣٧٧- العنصر الثالث: أن يظهر نفسُ العيب الّذي كان عند البائع ويكون ظاهراً وقت الفسخ.

والمراد أنه لا يُكتفى بثبوت العيب عند البائع، فلا بدّ من ظهوره عند المشتري أيضًا، فإنّ العيوب تحتملُ أن تزول، وسببُ قيام هذا الخيار هو العيب، فإذا زال السّببُ لم يثبت الخيار. كما يُشترط أن يكون العيبُ موجوداً عند ممارسة الخيار. فإن ظهر العيبُ القديمُ عند المشتري، لكن زال قبل أن يمارسَ خياره للفسخ، لم يثبت له الخيار. فمثلاً إن اشترى دابّة بها مرضٌ يعدّ عيباً، ثمّ زال المرضُ قبل أن يردّه المشتري إلى البائع بذلك العيب، لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٢ والذخيرة للقرافي ٥: ٥٧ والشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي رحمهم الله تعالى ٣: ١٩٥

www.besturdubooks.wordpress.com

يبقَ له الخيار. هذا هو مذهب الحنفيّة[1] والحنابلة[2] والصّحيح من مذهب الشّافعيّة[3].

أمّا المالكيّة، فمذهبهم مثلُ المذاهب الثّلاثة في اشتراط قيام العيب إلى وقت الرّد، إلّا أنّهم قالوا باستمرار الخيار في العبيد إذا قال أهلُ المعرفة إنّ العيبَ الزّائلَ يحتمل أن يعود.[4] وكذلك إنّهم اعتبروا بعضَ الأمور عيوبًا في العبيد، وإن لم تظهر في نفس المبيع، لا عند البائع ولا عند المشتري، وذلك لمخافة أن تظهر في المستقبل، وذلك مثل كون أحد أصول الرّقيق جُذاميًا، أو مجنونًا جنونًا طبيعيًا، فإنّ مثلَ هذه الأمراضَ ربّما تسري إلى الولد، فنفسُ كون الرّقيق في فروع جذاميٍّ أو مجنونٍ يُعدّ عيبًا عندهم، وإن لم يظهر على الرّقيق آثارُ الجذام والجنون.[5]

٣٧٨- الشّرط الثّاني: جهلُ المشترى بالعيب قبل دخول المبيع في ضمانه

والشّرط الثّاني لثبوت خيارِ العيب أن لا يعلمَ المشتري بالعيب قبلَ دخول المبيع في ضمانه، فإن علم بالعيب عند العقد، أوبعد ذلك قبل أن يدخُل المبيعُ في ضمانه، ثمّ قَبضه، أوأقدم على أمرٍ يُدخل المبيعَ في ضمانه مع علمه بالعيب، فهذا يُسقِط خيارَه، لأنّ الإقدامَ على العقد فيما إذا علمه عند العقد أو على القبض مع علمه بالعيب يدلّ

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٤٦

(٢) كشاف القناع، فصل: خيار التدليس ٣: ٢٠٣

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين الجويني رحمه الله تعالى ١٢: ٤٧٧ باب الأمة تعتق وزوجها عبد

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣: ١١٩ و ١٢٠ وقد ذكرنا تفصيله تحت عنوان "بقاء المبيع في ضمان البائع بعد قبض المشتري (العهدة)" وذلك في أحكام البيع الصحيح.

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣: ١٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

على رضاه بالعيب، ذلك يُسقط خياره في الردّ والأرش جميعاً."[1]

ثمّ إذا اطّلع المشتري على نقصٍ في المبيع، لكن لم يعلم بأنّ ذلك النّقصَ عيبٌ في عُرف التّجار موجبٌ لخيار الفسخ، ثمّ ظهر له ذلك، فهل يثبت له الرّدّ حينئذٍ؟ فيه تفصيلٌ ذكره الفقهاء رحمهم الله تعالى. أمّا الحنفيّة، فقد ذكر مذهبهم في جامع الفصولين بما نصّه:

"لو علم المشتري، إلّا أنّه لم يعلم أنّه عيبٌ ثمّ علم، ينظر: إن كان عيباً بيّناً لا يخفى على النّاس كالغُدّة ونحوه، لم يكن له الرّدّ، وإن كان خفيّاً فله الرّدّ."[2]

والظّاهر أنّ المراد من الخفاء خفاءُ كونه عيباً، لا خفاءُ العيب نفسه. وهذا يتحقّق في زماننا في الأجهزة والماكينات المتطوّرة الدّقيقة الّتي ربّما يخفى على غير المتخصّص كونُ بعضِ حالاتها عيباً.

أمّا الماورديّ رحمه الله تعالى من الشّافعيّة، فقد ذكر الحكمَ بخلاف ذلك، كما حكى عنه السُّبكيُّ رحمه الله تعالى، حيث قال:

" فلو كان المشتري قد علم به، ولكن لم يعلم أنّه عيبٌ يُوكِس الثّمنَ ويوجب الفسخ، قال الماورديّ: لا ردَّ له، لأنّه قد كان يمكنُه عند رؤيته أن يسألَ عنه، ولأنّ استحقاقَ الرّدّ حكمٌ، والجهلُ بالأحكام لا يسقطها."[3]

---

(١) فتح القدير ٦: ٣٨٦ وراجع أيضا المغني ٤: ٢٣٨ و تكملة المجموع ١٢: ١٢١ و حاشية الدسوقي ٣: ١٢٤

(٢) جامع الفصولين، الفصل ٢٥ ١: ٣٤٣ وذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى في ردّ المحتار ١٤: ٣٨٩ باب خيار العيب

(٣) تكملة المجموع ١٢: ١٢١

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٧٩- الشرط الثالث: عدم رضا المشتري بالعيب

والشرط الثالث لثبوت الخيار أن لايصدرُ من المشتري ما يدلّ على رضاه بالعيب، سواءٌ ثبت رضاه صراحةً، مثل أن يقول: رضيت، أو ثبت ذلك دلالةً، وذلك بأن يتصرف في المبيع بعد علمه بالعيب تصرفاً يدلّ على رضاه بذلك، مثل أن يكون ثوباً، فصبغه أو قطعه، أو سويقاً فلتّه بسمن، أو أرضاً فبنى عليها، أو حنطةً فطحنها، أو لحماً فشواه. ونحو ذلك، لأنّ الإقدامَ على هذه التصرّفات مع العلم بالعيب دليلُ الرّضا بالعيب، وكلُّ ذلك يُبطِل حقَّ الرّدّ.[1] وكذلك الحكم إن أخرجه المشتري عن ملكه بالبيع أوالهبة وغيره، فإنّه مانعٌ للرّدّ. وسيأتي تفصيل حُكمه تحت عنوان "إخراج المشتري المبيع عن ملكه" إن شاء الله تعالى.

٣٨٠- هل يثبت خيارُ العيب على الفور أو التّراخي؟

ثمّ اختلف الفقهاء فيما إذا اطّلع المشتري على العيب، فهل يجب عليه أن يستعمل خيارَه لردّ المبيع بالعيب على فوره ذلك، حتّى يسقط خيارُه بالتأخير؟ فأمّا الحنفيّة فقالوا: إنّ خيارَ العيب يثبت على التّراخي، لا على الفور، فيبقى له الخيار ما لم يفعل شيئًا يدلّ على الرّضا بالعيب.[2] حتّى ذكر ابن الهمام عن القنية: "لو وجده معيبًا، فخاصم بائعه فيه، ثمّ ترك الخصومة أيّامًا، ثمّ عاد إليها، فقال له بائعه لِمَ سكَتّ عن الخصومة مدّةً؟، فقال: لأنظر أنّه يزولُ أو لا؟ فله ردُّه."[3].

---

(١) بدائع الصنائع ٤:٥٥٦ وراجعه لتفصيل بعض جزئياته

(٢) قال العلّامة الحصكفي رحمه الله تعالى: "خيارُ العيب بعد رؤية العيب على التّراخي على المعتمد." الدرّ المختار مع ردّ المحتار ١٤: ٤٨١ باب خيار العيب

(٣) فتح القدير ٦: ٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ولم أجد عند الحنفيّة أيّ تحديد لمدّة التراخي، ولكنّ الظّاهر أنّهم لم يريدوا التأخير إلى مدّة طويلة بدون عذر، وإلّا لزم أن يكون للمشتري الخيار إلى سنين. وفيه ضررٌ ظاهر. ولعلّ المرادَ التّأخيرُ إلى مدّة محتملة في عرف التّجار. وينبغي أن يكون التّأخير بعد ذلك بدون عذر ممّا يدلّ على رضاه. ويمكن أن تختلف هذه المدّةُ باختلاف المبيعات.

وأمّا الشّافعيّة، فقالوا: إنّ خيار العيب يثبت على الفور، فلو أمسك المشتري المبيع عنده من غير عذر بعد اطّلاعه على العيب، ولم يُقْدم على ردّه سقط خياره. قال الشّيرازيّ رحمه الله تعالى: "إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يخلُ أن يكون المبيعُ باقيًا على جهته، أو زاد، أو نقص، فإن كان باقيًا على جهته، وأراد الردّ لم يؤخّره، فإن أخّره من غير عذرٍ سقط الخيار؛ لأنّه خيارٌ ثبت بالشّرع لدفع الضّرر عن المال. فكان على الفور كخيار الشّفعة."(١) وقال الإمام النّوويّ رحمه الله تعالى:

"الرّدُّ بالعيب على الفور، فيبطلُ بالتّأخير بلا عذر. ولا يتوقّف على حضور الخصم وقضاء القاضي. والمبادرةُ إلى الرّدّ معتبرةٌ بالعادة. فلا يؤْمر بالعَدْو والرّكض ليردّ. ولو كان مشغولًا بصلاةٍ، أو أكلٍ، أو قضاء حاجة، فله التّأخير إلى فراغه، وكذا لو اطّلع حين دخل وقتُ هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس. وكذا لو لبس ثوبًا أو أغلق بابًا. ولو اطّلع ليلًا، فله التّأخير إلى الصّباح."(٢)

وأمّا الحنابلةُ، فمذهبُهم مثلُ مذهب الحنفيّة، وفي قولٍ لديهم: لهم روايتان مثلُ

(١) المهذّب مع تكملة المجموع ١٢: ١٣٨.
(٢) روضة الطّالبين باب خيار النّقيصة ٣: ٤٧٩.

www.besturdubooks.wordpress.com

مذهبي الحنفيّة والشّافعيّة. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

"خيارُ الرّدّ بالعيب على التّراخي، فمتى علم العيب، فأخّر الرّدّ، لم يبطل خياره، حتّى يوجد منه ما يدلّ على الرّضا. ذكره أبو الخطّاب. وذكر القاضي شيئًا يدلّ على أنّ فيه روايتين: إحداهما، هو على التّراخي. والثّانيةُ، هو على الفور. وهو مذهب الشّافعيّ؛ فمتى علم العيب، فأخّر ردّه مع إمكانه، بطل خيارُه؛ لأنّه يدلّ على الرّضا به، فأسقط خياره، كالتّصرّف فيه. ولنا، أنّه خيارٌ لدفع ضررٍ متحقّقٍ، فكان على التّراخي، كالقصاص. ولا نسلّم دلالة الإمساك على الرّضا به."[1]

وأمّا المالكيّة، فلديهم تفصيلٌ لخّصه الدّسوقيُّ رحمه الله تعالى بقوله:

"حاصلُه أنّه إذا اطّلع على العيب وسكت ثمّ طلب الرّدّ، فإن كان سكوتُه لعُذرٍ ردّ مطلقًا، طال أم لا، بلا يمين. وإن كان سكوتُه بلا عذرٍ، فإن ردّ بعد يومٍ ونحوه، أجيب لذلك مع اليمين. وإن طلب الرّدّ قبل مضيّ يومٍ، أجيب لذلك من غير يمين. وإن طلب الرّدّ بعد أكثر من يومين فلا يُجاب، ولو مع اليمين."[2]

وهذا التّفصيل حسن، إلاّ أنّ التّقييد بيومين فيه صعوبةٌ بالنّظر إلى بعض المبيعات، فينبغي أن يُترك ذلك على العُرف والتّعامل. والله سبحانه أعلم.

---

(۱) المغني ٤: ۲۳۸ و ۲۳۹

(۲) حاشية الدّسوقيّ على الشّرح الكبير ۳: ۱۲۱

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٨١- شرط البراءة من العيب عند الحنفيّة

هل يجوز للبائع أن يشترط البراءة من العيب؟ قد اختلف فيه الفقهاء، فأمّا الحنفيّةُ فقالوا: إذا شرط البائعُ البراءة من العيب، يعتبرُ هذا الشّرطُ، فلا يثْبتُ للمشتري الرّدُّ بالعيب. والبراءةُ من العيوب عند الحنفيّة على قسمين: الأوّل: أن يشترطَ البائعُ البراءةَ من عيبٍ بعينه، فإنّ البراءة تقتصر على ذلك العيب المشروط البراءةُ منه فقط، ولا تتعدّى إلى غيره. فمثلاً إن شرط البائعُ البراءة من كون الفرس جموحا، فاطّلع المشتري على داءٍ به، يثبت له خيارُ الرّدّ؛ لأنّ البراءةَ من كون الفرس جموحاً لم تتضمّن هذا الدّاء.

والثّاني: أن يُطلق البائعُ البراءة بأنّه بريءٌ من جميع العيوب. وهذا جائزٌ أيضاً، ولا يثبت للمشتري الخيارُ باطّلاعه على أيّ عيب.

وإنّ هذه البراءة المطلقةَ من كلّ عيب تثبت بأيّ تعبير يدلّ على البراءة المطلقة عرفاً، فمنها التّصريحُ بالبراءة من كلّ عيب. وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى ما تُعُورِف في زمانه في بيع الدّار: "بعتُك هذه الدّارَ على أنّها كُومُ تُراب"، وفي بيع الدّابّة: مكسّرة محطّمة، وفي نحو الثّوب: "حراق على الزّناد"[١]، ويريدون بذلك أنّه مشتملٌ على جميع العيوب، فإذا رضيه المشتري، لا خيارَ له، لأنّه قبله بكلّ عيب يظهر فيه، وكذلك قولُهم: "بعتُه على أنّه حاضرٌ حلالٌ"، ويُراد بيعُ هذا الحاضرِ بما فيه من أيّ عيبٍ كان سوى عيب الاستحقاق، أي: لو ظهر غيرَ حلالٍ، أي مسروقًا أو

---

(١) الزّناد جمع زَنْد، وهو العود الّذي يقدح به النّار (المراجع تاج العروس، مادة زند)

www.besturdubooks.wordpress.com

مغصوبًا يرجع عليه المشتري، فهذا كلّه بمعنى البراءة من كلّ عيب.[١]

والمعروف في زماننا أنّ البائع يقول: بعتك هذا الشيئ على أساس أنّه يُباع "كماهو" (as is) وهو في عُرف التجّار يُعتبر براءةً من كلّ عيب، فيُعتبر.

ثمّ هذا الكلامُ في العيوب الموجودةِ في المبيع عند العقد. أمّا العيوبُ الحادثةُ فيه بعد العقد وقبل القبض، هل تدخل في البراءةِ أم لا؟ فيه تفصيل، فإنّ هذه المسئلة لها صُور ثلاثة:

الأول: أن يُقيّد البائعُ البراءةَ من كلّ عيبٍ موجودٍ عند العقد فقط. وفيه قال الكاساني رحمه الله تعالى: "فإن قيّد (أي البراءة) بعيبٍ قائم حالة العقد، لا يتناولُ العيبَ الحادثَ بعد البيع قبل القبض بلا خلاف، سواءٌ كانت البراءةُ عامّةً، بأن قال أبرأتك من كلّ عيبٍ به، أو خاصّةً، بأن قال أبرأتك ممّا به من عيب كذا."[٢]

الصورة الثانية: أن يُطلق البائعُ البراءةَ ولا يقيّدها بالعيوب الموجودة، فهل تتضمّن هذه البراءةُ العيوبَ الحادثةَ بعد العقد وقبل قبض المشتري؟ اختلف فيه الفقهاءُ الحنفيّةُ؛ فمذهبُ الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّ هذه البراءة المطلقة تشمل العيوبَ الحادثةَ بعد العقد وقبل القبض أيضًا، ودليلُه حسبما ذكره ابن الهُمام رحمه الله تعالى: "أنّ الملاحظ هو المعنى والغرض، ومعلومٌ أنّ الغرضَ من هذا الشرط إلزامُ العقد بإسقاط المشتري حقّه عن وصف السلامة، ليلزم على كلّ حالٍ، ولا يُطالَب البائعُ بحالٍ، وذلك

---

(١) رد المحتار ٤: ٥١٠

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٥٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

بالبراءة عن كلّ عيب يوجب للمشتري الردّ، والحادثُ بعد العقد كذلك، فاقتضى الغرضُ المعلومُ دخولَه."[1]

أمّا الإمام محمّد، فيقول (وهو قول الإمام زفر رحمهما الله تعالى أيضاً)[2] إنّ البراءةَ لا تتضمّن إلّا العيوبَ الموجودةَ وقتَ العقد؛ قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "وجه قول محمّد (رحمه الله تعالى): أنّ الإبراءَ عن العيب يقتضي وجودَ العيب، لأنّ الإبراءَ عن المعدوم لا يُتصوّر، والحادثُ لم يكن موجوداً عند البيع، فلا يدخل تحت الإبراء، فلو دخل، إنّما يدخل بالإضافة إلى حالةِ الحدوث، والإبراءُ لا يحتمل الإضافة، لأنّ فيه معنى التّمليك، حتّى يرتدّ بالرّدّ."[3]

ورجّح الكاسانيّ قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى، وأطال في الجواب عن دليل محمّد رحمه الله تعالى، وحاصله أنّه ليس إبراءً مضافاً إلى المستقبل، لأنّ العيبَ الحادثَ قبل القبض كالموجود عند العقد، ولهذا يثبتُ حقُّ الرّدّ به كما يثبت بالموجود عند العقد، ولما ذكرنا أنّ القبضَ حكمُ العقد، فكان هذا إبراءً عن حقٍّ ثابت تقديراً."[4]

وهذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى واضحٌ فيما إذا أطلق

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٤٠

(٢) الهداية مع فتح القدير ٦: ٤٠ وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى تحته: "(وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن بن زياد والشافعيّ ومالك ورواية عن أبي يوسف.

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٥٤٨

(٤) بدائع الصنائع ٤: ٥٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

البائعُ البراءةَ. أمّا إذا أضاف البائعُ البراءةَ صريحًا إلى العيب الحادثِ بعد العقد، فاختلفت عبارات الكُتب في بيان مذهب الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذه الصّورة. فذكر السّرخسيّ رحمه الله تعالى أنّه لا روايةَ من الإمام أبي يوسف في هذه الصّورة.[١] وذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى أنّ هذا الشّرط فاسد عندنا (يعني الحنفيّة)،[٢] ولم يذكر فيه خلاف أبي يوسف رحمه الله تعالى ممّا يدلّ على أنّه يوافق محمّداً في هذه الصّورة، وهو مُفاد كلام للطّحاويّ أيضاً، كما حكى عنه ابن الهمام رحمهما الله تعالى.[٣]

ولكنّ الإمام برهان الدّين ابن مازه رحمه الله تعالى قد جزم بأنّ قولَ الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى هو صحّةُ شرط البراءة مضافةً إلى العيب الحادث صريحاً. قال رحمه الله تعالى في المحيط: "ويدخل في هذه البراءة (أي المطلقة) العيبُ الموجودُ والحادثُ قبل القبض في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمّد: لا يدخلُ فيه الحادث، وهذا بناءٌ على أنّه إذا باع بشرط البراءة عن كلّ عيب يحدُث بعد

---

(١) قال رحمه الله تعالى: "ولا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نصّ على البراءة عن العيب الحادث. وقيل: ذلك صحيح عندنا باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العقد الموجب للرّدّ في صحّة الإسقاط." (المبسوط ١٣: ٩٤ باب العيوب في البيوع)

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٥٤٩

(٣) قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "ذكر في شرح الطحاويّ أنّه لو صرّح بالبراءة من العيب الحادث لم يصحّ بالإجماع." (فتح القدير ٦: ٤٠) أي والإجماع على عدم صحّة هذا الشّرط يقتضي أنّ الإمام أبا يوسف رحمه الله تعالى أيضا يقول بعدم صحّة إضافة البراءة إلى العيب الحادث صريحا.

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع قبل القبض، هل يصحّ هذا الشّرط؟ عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: يصحّ، وعند محمّد: لا يصحّ، وإذا كان من مذهب محمّد أنّ البراءةَ عن العيب الحادث لا يصحّ لو نصّ عليه، فعند الإطلاق أولى، وعند أبي يوسف لما صحّت البراءةُ عنه حالةَ التّنصيص عليه، فكذا حالة الإطلاق.[1]

ويظهر من صنيع الإمام ابن الهمام والإمام السّرخسيّ رحمهما الله تعالى أنّهما مائلان إلى مذهب الإمام أبي يوسف وإلى أنّ قياسَ قوله في البراءة المطلقة ما ذكر عنه في المحيط البرهاني[2] والله سبحانه أعلم.

٣٨٢- مذهب الأئمة الثّلاثة في شرط البراءة من العيب

أمّا الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة، فالأصلُ على مشهور مذهبهم أنّ اشتراطَ البراءة عن العيوب لايجوز، غير أنّ عندهم في ذلك مستثنيات، على اختلاف بينهم في ذلك.[3] واستدلّوا على ذلك بأنّ ثبوتَ خيار الرّدّ بالعيب من مقتضيات العقد، لما أنّ وصفَ السّلامة في المبيع ممّا يحصُل به رضا المشتري الّذي هو من أركان العقد، فإذا اختلّ وصفُ السّلامة في المبيع، اختلّ رضا المشتري، وذلك يوجب الخيارَ بالرد، لأنّ الرّضا

---

(١) المحيط البرهانيّ ١٠: ١٥٦ كتاب البيوع، الفصل ١٤

(٢) فتح القدير ٦: ٤٠

(٣) ليراجع لمذهب الشّافعيّة: الحاوي الكبير للعلّامة الماوردي ٥: ٢٧١ وما بعدها، وتكملة المجموع للعلامة السبكيّ رحمهما الله تعالى ١٢: ٣٥٥ إلى ٣٦٢، ولمذهب المالكيّة: المدونة ٣: ٣٦٧، والشرح الكبير مع حاشية الدّسوقي ٣: ١١٩ والاستذكار ١٩: ٤٦ والبيان والتحصيل ٧: ٣١٧ و ٣١٨، ولمذهب الحنابلة: المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير، باب الشّروط في البيع، ٤: ٣٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com

إن فُقِد من أصله، لايتحقّق البيعُ شرعاً، وإن اختلّ رضا المشتري بسبب العيب، فإنّه يوجبُ الخيارَ فيه، إثباتاً للحكم على قدر الدّليل.[1] فشرطُ البراءة إذن شرطٌ يخالف ما يقتضيه العقد من إثبات خيار الرّدّ بسبب العيب للمشتري، كما أنّهم قالوا: إنّ خيارَ العيب خيارٌ ثابتٌ بالشّرع، فلا ينتفي بالشّرط، كسائر مقتضيات العقد.[2]

واستثنَوا من ذلك ما إذا أعلمَ البائعُ المشتريَ بالعيوب، وقبل المشتري المبيعَ كذلك، لأنّ ما ظُنّ من اختلال رضاه بسبب ذلك العيب قد انجبرَ بتصريحه برضاه به. وذلك يقتضي أن لا يجوزَ البراءة المطلقةُ بدون الإفصاح عن تفصيل العيوب، لأنّ فيه جهالة، والإبراءُ من المجهول لا يصحّ، لما فيه من معنى التّمليك الّذي لا يجوز في المجهول.[3]

وكذلك استثنى الشّافعيّةُ البراءةَ من العيب في الحيوان، فإنّها تُبرئُ البائعَ من كلّ عيبٍ إلاّ عيباً كتمه البائعُ من المشتري وقد علِمه، فإن قال: لم أعلمْ، وقد باع بالبراءة، فالقولُ قولُه مع يمينه: "ما علِمَ عيباً فكتمه."[4] واستثنى المالكيّةُ البراءةَ من العيب في الرّقيق خاصّةً، لا في كلّ حيوانٍ، حسبَ تفصيلٍ عندهم.[5] واستدلّ الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى على ذلك بما رواه الإمام مالكٌ رحمه الله تعالى عن سالم بن عبد الله:

"أنّ عبد الله بنَ عمر باع غلاماً له بثماني مائة درهم، فباعه بالبراءة، فقال الّذي

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٤٤

(٢) تكملة المجموع ١٢: ٣٦٣

(٣) المصدر السابق

(٤) كتاب الأم، كتاب الحدود، مسائل متفرقة، بيع البراءة ٧: ٤٨٠

(٥) الدسوقي ٣: ١١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داءٌ لم تُسَمِّه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفّان، فقال الرّجل: باعني عبداً وبه داءٌ لم يسمّه لي، وقال عبدُ الله: "بعته بالبراءة"، فقضى عثمانُ بنُ عفّان على عبدِ الله بنِ عمر أن يحلِف له: لقد باعه العبدَ وما به داءٌ يعلمُه، فأبى عبدُ الله أن يحلِف، وارتجع العبدَ، فصحّ عنده، فباعه عبدُ الله بعد ذلك بألفٍ وخمسمائة درهم."(۱)

ووجه استدلال الشّافعيّ به أنّ عثمان بن عفّان أمر عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهم بالحلف أنّه لم يعلَم العيب. فظهر أنّه لو كان يعلمُ العيبَ، لم تصحّ البراءةُ، ولو ثبتَ بيمينه أنّه لم يعلَمْه، صحّت البراءةُ. فلمّا نكل عبدُالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، لم يثبُت أنّه لم يعلَمْه، فلم تصحّ البراءة.

ووجهُ التّفرقة بين الحيوان وغيره ما نقل الشّيرازيّ من قول الإمام الشّافعيّ رحمهما الله تعالى: "ولأنّ الحيوانَ يُفارِق ما سواه، لأنّه يغتذي بالصّحّة والسّقم وتحوّل طبائعه، وقلّما يبرأ من عيبٍ يظهرُ أو يخفي، فدعتِ الحاجةُ إلى التّبرّي من العيب الباطنِ فيه، لأنّه لا سبيلَ إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه، وهذا المعنى لا يوجدُ في العيب الظّاهر، ولا في العيب الباطن في غير الحيوان، فلم يجز التّبرّي منه مع الجهالة."(۲)

وأجاب صاحبُ الهداية رحمه الله تعالى عن أدلّة المانعين بقوله: "ولنا أنّ الجهالةَ في الإسقاط لا تُفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التّمليك، لعدم الحاجة إلى التّسليم،

---

(۱) موطّأ الإمام مالك رحمه الله تعالى. كتاب البيوع، ص ۵۷۱

(۲) تكملة المجموع ۱۲: ۳۵۵

www.besturdubooks.wordpress.com

فلا تكونَ مفسدة." وقال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى تحته: "بخلاف التّمليك، فإنّ جهالةَ المملّك فيه تمنعُ من التّسليم، فلا تترتّب فائدةُ التّصرّف عليه. أمّا الإسقاط، فإنّ السّاقطَ يتلاشى، فلا يحتاجُ إلى تسليم، فظهر أنّ المُبطلَ لتمليك المجهول ليس الجهالة، بل عدمُ القدرة على التّسليم."[1]

واستدلّ الحنفيّة على جواز هذه البراءة المطلقة بالنّصوص الّتي دلّت على جواز الصُّلح عن الحقوق المجهولة. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى:

"ويدلّ على ما قلنا حديثُ عليّ رضي الله عنه حين بعثه النّبيُّ صلى الله عليه وسلم ليُصلح بين بني خزيمة[2]، وذلك أنّه صلّى الله عليه وسلم بعث أوّلاً خالدَ بنَ الوليد، فقتّل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسّجود، فدفع صلّى الله عليه وسلّم إلى عليّ مالًا فوداهم حتى ميلغة[3] الكلب، وبقي في يده مالٌ، فقال: هذا لكم ممّا لا تعلمون ولا يعلمُه صلّى الله عليه وسلّم، فبلغ ذلك رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فسُرّ به."

وهو دليلٌ جواز الصّلح عن الحقوق المجهولة. لأنّ مابقيَ من المال أعطاه عليّ رضيَ

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٣٩

(٢) كذا في المطبوع من فتح القدير. والصحيح "جذيمة" كما جاء في سيرة ابن هشام المجلد ٢: ٤٢٨ وما بعدها، ودلائل النبوة للبيهقي ٥: ١١٣ وما بعدها، وتاريخ الطبري رحمهم الله تعالى ٣: ٦٦ وما بعدها.

(٣) في النّهاية لابن الأثير رحمه الله تعالى: "هي الإناء الذي يلغ فيه الكلب، يعني أعطاهم قيمة كل ما ذهب لهم، حتى قيمة الميلغة."

www.besturdubooks.wordpress.com

الله تعالى عنه إياهم إزاءَ حقوقٍ مجهولة لايعلمونها ولايعلمها رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم. فكان صُلحاً عن حقوقٍ مجهولة.

وأخرج الإمام أحمد في مسنده عن أمّ سلمة رضي الله تعالى عنها قالت:

"جاء رجلان من الأنصار يختصمان إلى رسول الله - صلّى الله عليه وسلّم - في مواريثَ بينهما قد دَرَسَت، ليس بينهما بيّنةٌ، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: إنكم تختصمون إليّ وإنّما أنا بشرٌ، ولعلّ بعضَكم ألحنُ بحجته، أو قد قال: لحجته، من بعض، فإنّي أقضي بينكم على نحو ما أسمع. فمن قضيتُ له من حقّ أخيه شيئاً، فلا يأخذْه، فإنّما أقطع له قطعةً من النّار يأتي بها إسطاماً[1] في عنقه يوم القيامة. فبكى الرّجلان، وقال كلُّ واحدٍ منهما: "حقّي لأخي". فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: "أمّا إذا قلتما، فاذهبا، فاقتسما، ثمّ توخّيا الحقّ، ثمّ استَهِما،[2] ثمّ لِيُحلِلْ كلُّ واحدٍ منكما صاحبَه."[3]

وفيه إجماعٌ عمليٌّ للمسلمين؛ لأنّ من حضره الموتُ في كافّة الأعصار استحلّ من

---

(١) وهو الحديدة التي تُحرّك به النّار وتُسعّر، كما في النّهاية

(٢) قال الساعاتي معناه اقترعا، والاستهام: الاقتراع...والمعنى: ليأخذ كلّ واحد منكما ما تُخرجه القرعة في القسمة، ليتميّز سهم كلّ واحد منكما عن الآخر، وقوله "ثمّ ليُحلل" أي ليسأل كلّ واحد منكما صاحبه أن يجعله في حلٍّ من قبله بإبراء ذمته." (الفتح الرّبّاني ١٥: ١٠٨)

(٣) أخرجه الإمام أحمد رحمه الله بهذا اللفظ في مسنده، حديث أم سلمة رضي الله عنها، حديث ٢٦٧١٧ وليرجع أيضا سنن أبي داود، كتاب القضاء رقم ٣٥٨٤ والدارقطني، كتاب الأقضية، حديث ٤٥٨٠ إلى ٤٥٨٢

www.besturdubooks.wordpress.com

مُعامِليه من غير نكير."[1]

وبما أنَّ اشتراطَ البراءةِ من العيوب يُحتاج إليها في تجارات اليوم، فإنَّ المجلسَ الشَّرعيَّ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة، أخذ بمذهب الحنفيّة في هذا الباب.[2]

٣٨٣- مقتضى خيار العيب

ثمّ مقتضى خيار الرّدّ أنّ المشتري له أن يردّ المبيعَ إلى البائع، ويُطالبه بردّ الثمن. وهل يجوز له أن يُمسِك المبيعَ ويُطالبه ببعض الثّمن ضماناً للنّقصان (الأرش)؟ اختلف فيه الفقهاء. فمذهبُ الحنفيّة والشّافعيّة أنّه لايحِقُّ له أن يجبُر البائعَ على ذلك، وإنما حقُّه في فسخ البيع واسترداد المبيع، أو إمساكِه بدون مطالبة الأرش. وكذلك لايجوز للبائع أن يجبُر المشتريَ على إمساك المبيع مع قبول ضمان النّقصان.[3] وعلّله صاحب الهداية بقوله: "لأنّ الأوصافَ لايُقابلها شيئٌ من الثّمن في مجرّد العقد، ولأنّه لم يرضَ بزواله عن ملكه بأقلَّ من المسمّى، فيتضرّر به. ودفعُ الضّرر عن المشتري ممكنٌ بالرّدّ بدون تضرّره."

(١) فتح القدير ٦: ٣٩

(٢) المعيار الشّرعيّ رقم ٨ بشأن المرابحة للآمر بالشّراء، بند ٩/٤

(٣) قال في الهداية: "وليس له (أي للمشتري) أن يُمسكه ويأخذ النّقصان." (الهداية مع فتح القدير ٦: ٣) وقال الشيرازيّ في المهذّب: "وإن قال البائع: "أمسِك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يُجبر المشتري على قبوله...وإن قال المشتري أعطني الأرش لأُمسك المبيع لم يُجبر البائع على دفع الأرش." (المجموع شرح المهذّب ١٢: ١٦٧)

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا إذا رضيَ المتبايعان على الأرْش بطريق الصُّلح، جرت عليه أحكامُ الصُّلح عند الحنفيّة. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "ولو وجد به عيباً، فاصطلحا على أن يدفع أو يحُطَّ ديناراً جاز، ولو دفعه المشترى ليرُدَّ لم يجز، لأنّه رباً. وزوالُ العيب يُبطل الصُّلح، فيرُدُّ على البائع ما بذل أو حطّ إذا زال، ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرُدّه. ولو صالحه بعد الشّراء من كلّ عيبٍ بدرهم، جاز وإن لم يجد به عيباً، ولو قال اشتريتُ منك العيوب، لم يجز."[1]

أمّا عند الشّافعيّة، ففيه وجهان: أحدهما أنّ المصالحة على الأرش يجوز، والثّاني: لايجوز، وذكرالشّيرازيّ أنّه المذهب، ولكن رجّح السّبكيّ رحمه الله تعالى جوازَ ذلك.[2]

ومذهبُ الحنابلة أنّ مقتضى خيارالعيب أنّ المشتريَ مخيّرٌ بين أن يرُدَّ المبيع، أو يُمسكه ويُطالب بالأرش، وهو قول إسحاق بن راهويه أيضاً.[3]

وأمّا المالكيّة، فإنّ عندهم تفصيلاً في أقسام العيوب. وقسّموها على ثلاثة أقسام:

الأوّل: أن يكون العيبُ يسيراً لايحُطّ من الثّمن ليسارته، أو لأنّ المبيعَ لاينفكّ عنه، فإنّه لايُثبت الخيار. ومثلُه لايُعدّ عيباً عند غيرهم من الفقهاء أيضاً.

والثّاني: أن يكون العيبُ يسيراً بحيث يحُطّ من ثمن المبيع مادون الثُّلث. وحكمُه عندهم يختلف باختلاف نوعيّة المبيع. فإن كان المبيعُ من الأصول (والمراد من الأصول في الظّاهر غيرُ المنقولات، مثل البناء أو الشّجر) فليس للمشترى خيارُ الرّدّ،

(۱) فتح القدير ٦: ٤٠، ٤١

(۲) تكملة المجموع شرح المهذّب ١٢: ١٦٨ و ١٦٩

(۳) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

وإن كان المبيعُ قائماً على حاله، بل يثبتُ به الرّجوع بقيمة العيب، وذلك كالصَّدْع في جدار دارٍ في غيرواجهتها. وإن كان المبيعُ عروضاً، فظاهرُ الرّوايات في المدوّنة وغيرها أنّه يوجبُ الردّ، وقيل: إنّ حكمَه حكمُ الأصول أيضاً. ورجّح ابنُ رشد رحمه الله تعالى أنّه لافرقَ بين الأصول والعروض، فالعيبُ اليسيرُ لا يُثبت خيارَ الرّدّ في شيئ منها، بل يُثبت الأرش.

والثّالث: أن يكون العيبُ كثيراً، بأن ينقُص من قيمة المبيع بقدرالثّلث أو مافوقه، فإنّ قولهم في ذلك مثلُ قول الحنفيّة والشّافعيّة من أنّ حقّ المشتري ينحصر في الردّ أو إمساك المبيع دون مطالبة الأرش.[1]

٣٨٤- عَرْضُ البائع على المشترى أن يُزيلَ العيب

وكثيراً مّا يحدُث أنّ البائعَ يعرض على المشتري بعد ثبوت خيار العيب له أنّه سيُزيل ذلك العيب. وهذا يمكن بطريقين:

الأوّل: أن يُبدل المبيعَ بعينٍ جديدة سالمةٍ من العيب، مثل أن يبيع سيّارةً فيجد المشتري بها عيباً، فيقولُ المشتري: أنا آتيك بسيّارةٍ أخرى سليمةٍ من العيب بنفس المواصفات. وإنّ هذا العرض من قِبل البائع لايُسقِط خيار المشتري، بل يجوز له أن يرفُض هذا العرض. وذلك لأنّ السيّارة الجديدة غيرُ ما اشتراه المشتري، فلا يحقّ للبائع أن يجبُره على قبولها. ولئن قَبِلها، فإنّه إقالةٌ للبيع السّابق، وبيعٌ جديد للسيّارة

(١) هذه خلاصة ما في المقدمات الممهدات ٢: ١٠٠ و ١٠١ و الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣: ١٥٨ و ١٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الأخرى، فيحتاج إلى تراضي الطرفين.

والطريق الثاني: أن يُزيل ذلك العيبَ إمّا بإصلاحه أو بتغيير بعض أجزائه. ولم أجدْ في ذلك نصاً عند الحنفيّة إلاّ ما ذكره السّرخسيّ رحمه الله تعالى، قال: "وإذا اشترى عبداً عليه دينٌ لم يعلَمْ به، ثمّ علم بذلك، فله أن يردّه، لأنّ قيامَ الدّين عليه ممّا يعُدّه التّجار عيباً...إلاّ أن يقضيَ عنه البائعُ دَينه، أو يُبرئه الغرماء منه، فبذلك يزول العيب، وزوالُ العيب قبل الخصومة يُسقط حقَّ المشتري في الرّدّ."[1] وهذا يدلّ على أنّ للبائع أن يُزيل العيبَ قبل الخصومة، فيسقُط به خيارُ الرّدّ.

أمّا الشّافعيّة، فالظّاهر من كلامهم أنّ البائع إن التزم إزالةَ العيب في زمن يسير، فإنّ ذلك يُسقط خيارَ المشتري، والزّمن اليسيرُ عندهم ما لاأجرةَ لمثلها. فإن اقتضى إزالةَ العيبِ في مدّة لها أجرٌ في عادة التجار، فلا يسقُط به خيار المشتري. قال الشّيرازيّ رحمه الله تعالى: "وإن قال البائع: أنا أزيلُ العيب، مثل أن يبيعَ أرضاً فيها حجارةٌ مدفونةٌ يضُرّ تركُها بالأرض، فقال البائع: أنا أقلع ذلك في مدّة لاأجرةَ لمثلها، سقط حقُّ المشتري من الردّ، لأنّ ضررَ العيب يزول من غير إضرار." وقال النّوويّ رحمه الله تعالى في شرحه: "إنّ الرّافعيّ وغيره قاسوا ذلك على ما لو اشترى داراً يلحق سقفَها خللٌ يسير يمكن تداركُه في الحال، أو كانت منسدّةَ البالوعة، فقال البائع: أنا أصلحه وأبيعُه، لاخيارَ للمشتري."[2]

والظّاهرُ أنّ مذهبَ الحنابلة مثلُه، لما ذكروا من أنّ البائعَ إن باع أرضاً كان قد بذر فيها

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣: ١١٣

(٢) المجموع شرح المهذّب ١٢: ١٦٦ وفي مسئلة الحجارة تفصيل ذكره النوويّ رحمه الله تعالى في روضة الطالبين ٣: ٥٣٩ ومابعده وراجع أيضاً فتاوى ابن حجر الهيتمي، باب الخيار ص ٢٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الزرع، ولم يعلم المشترى ذلك، فإنّ له الخيار. وقال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "لأنّه عيبٌ فى حقّه، لما يفوتُ عليه من نفع الأرض. فإن قال البائع: أنا أحوّله على وجهٍ لايضرّ، وفعل، سقط الخيارُ لزوال العيب."[1]

وإنّ المالكيّة والحنفيّة، وإن لم أجد منهم نصّاً فى مثل هذه المسائل، ولكنّ الظّاهرَ أنّ ماذكره الشّافعيّة لايخالف قواعدَهم أيضاً، غير أنّ الزّمن اليسير الّذى اشترطوه لإزالة العيب ينبغى أن يختلف من عيبٍ إلى عيبٍ آخر. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٨٥- موانع الرّدّ بخيار العيب

الأصل فى خيار العيب إذا ثبت بشروطه أنّ المشتريَ يحِقّ له أن يردّ المبيع إلى البائع، ويُطالبه بردّ الثّمن كلّه. ولكن قد تحدث فى المبيع حالاتٌ يتعذّر بسببها ردُّ المبيع إلى البائع، وتُسمّى "موانع الردّ". والأصلُ فى حالة حدوث مانعٍ من موانع الردّ الآتية أنّ المشتريَ لايحقّ له ردُّ المبيع إلى البائع، ولكن يجوز له أن يُطالبه بفَرْق القيمة بين المعيب وغير المعيب. وهذا الفرقُ يُسمّى فى اصطلاح الفقهاء "أرشاً" أو "ضمان النّقصان". وفيما يلى خلاصةُ هذه الموانع، وأحكامِها على المذاهب المختلفة.

٣٨٦- هلاك المبيع

المانعُ الأوّل: هلاكُ المبيع. فإن هلك المبيعُ بيد البائع قبل التّسليم، امتنع الرد لفوات المحلّ، وانفسخ العقد، وليس للبائع أن يُطالِب المشتريَ بالثّمن، ويجب عليه ردّه إن كان قبضَه، لأنّ الهلاك إنّما وقع فى حينٍ كان المبيعُ فيه فى ضمان البائع.

---

(١) الكافى لابن قدامة ٢: ٧٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وأمّا إذا هلك المبيعُ بعد قبض المشتري، فإنّ له صوراً آتية:

الأولى: أن يقعَ الهلاك بسبب سماويٍّ مثل أن يموتَ الحيوان المبيع، فإنّه مانعٌ للردِّ بداهةً، ولكن يحقُّ للمشتري أن يرجع إلى البائع بالأرش. وهذا الأمرُ متّفق عليه بين الفقهاء فيما إذا لم يكن هناك تدليسٌ من البائع، ولم يكن العيبُ سبباً للهلاك.

أمّا إذا هلك المبيعُ بسبب العيب الّذي يُثبت الخيار، ففيه خلاف. فقال المالكيّة: إن كان البائعُ دلّس ذلك العيبَ على المشتري، (ومثّلوه بأن يكون عبداً آبقاً أو سارقاً، فدلّس البائع، فهلك بسبب الإباق أو السرقة،) فلا شيئَ على المشتري ويرجعُ بجميع الثّمن.[1]

وأمّا الحنابلة، فأداروا الحكم على التّدليس، فإن كان البائعُ دلّسَ على المشتري عيباً، فسواءٌ هلك المبيعُ بذلك العيب أو بغيره، له أن يُطالبَه بجميع الثّمن.[2]

أمّا الحنفيّة، فالظّاهرُ من كلامهم أنّهم لايُفرّقون بين أسباب الهلاك، بل يمتنعُ الردّ ويجب ضمانُ النّقصان (الأرش) في جميع صُوَرِ الهلاك بآفة سماويّة، سواءٌ وقع الهلاكُ بسبب العيب[3] أو بسببٍ غيره، مادام ذلك السّببُ خارجاً عن اختيار العبد.[4]

---

(١) الشّرح الكبير للدّردير على مختصر خليل مع حاشية الدّسوقي ٣: ١٢٨

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٣

(٣) وهناك صورةٌ من الهلاك بسبب العيب ذهب فيها الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أنّه يرجع فيها المشتري بجميع الثّمن، وهي ما إذا اشترى عبداً قد سرق، ولم يعلم به، فقُطع عند المشتري، أو قتل عنده بسبب وُجد في يدالبائع، مثل قتل عمد أو ردّة، فللمشتري أن يردّه ويأخذ جميع الثّمن. وذلك لأنّ الإمام أباحنيفة رحمه الله تعالى اعتبر القطع أو القتل في حكم الاستحقاق، فكما أنّ المبيع إن استُحقّ، فإنّ المشتريَ يردّه ويأخذ جميع الثّمن، فكذلك في القطع والقتل. وخالفه =

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّانية: أن يقعَ الهلاكُ باستعمال المشتري المبيعَ، مثل أن يكون طعاماً فيأكله، فلو أكله مع علمه بالعيب، فإنّه رضاً بالمعيب، وهو يُسقط الخيار كما تقدّم. أمّا إذا لم يعلم بالعيب عند الأكل، وعلِم بالعيب بعده، أو كان ثوباً فتخرّق باستعماله، ثمّ علِم بالعيب بعد تخرّقه، ففيه خلافٌ بين الفقهاء. فقال الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى: ليس للمشتري أن يُطالِب البائعَ بشيءٍ، لأنّه أتلفه بفعلٍ مضمونٍ منه لو وُجِد في غير ملكه،[٢] غيرأنّه سقط الضّمانُ عنه لملكه، فاستفاد البراءةَ من الضّمان، فكان كالمستفيد به عوضاً.

وقال أبويوسف ومحمّد ومالك والشّافعيّ وأحمد رحمهم الله تعالى: إنّه يرجعُ إلى البائع بالأرشِ (ضمان النّقصان)،[٣] لأنّه صنعَ في المبيع ما يُقصد بشراءه، ويُعتاد فعلُه فيه، فلم يوجدْ منه الإتلاف ولا الرِّضا، فيستحِقّ ضمانَ النّقصان. وذكرابنُ الهمام عن الخلاصة أنّ الفتوى على قول الصّاحبين، وبه أخذ الطّحاويّ.[٤]

= صاحباه، واعتبراه عيباً، فجريا على أصلهم في العيب من أنّ الهلاك بغير فعل المشتري يمنع الردّ ويوجب ضمان النّقصان. (هذه خلاصة ما في الهداية وفتح القدير٦: ٣٤ و٣٥) فظهر أنّ استحقاق المشتري جميع الثّمن في صورة القتل بسبب جنايته، ليس لأنّ الإمام أباحنيفة يوجب جميع الثّمن إن وقع الهلاك بسبب العيب، بل لأنّه يُدخله في حكم الاستحقاق.

(١) جاء في الهداية: "من اشترى عبداً فأعتقه، أو مات عنده، ثمّ اطّلع على عيب، رجع بنقصانه." (الهداية مع فتح القدير٦: ١٤) والإعتاق وإن كان بفعل المشتري، فإن الحنفيّة اعتبروه في حكم الهلاك، لأنّه إنهاءٌ للملك. راجع لتفصيله الهداية وشروحها.

(٢) يعني: لولم يكن الطّعام في ملكه، وأكله، لضمن قيمته.

(٣) فتح القدير٦: ١٦ والمغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩ وهو الظّاهر من مذهب المالكيّة، وراجع الدّسوقي٣: ١٢٤

(٤) فتح القدير٦: ١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الثالثة: أن يستهلكه المشتري بغير استعماله العادي، مثل أن يكون إناءً فيكسره، فإنّه مانعٌ للرّدّ، ولايحقّ للمشتري أن يُطالِب بالنّقصان عند الحنفيّة،[1] لأنّ مانعَ الرّدّ إنّما وُجد بتعدّ منه، وبهذا التّعدي فوّت على البائع حقَّ استرداد المبيع، فلا يستحقّ منه الأرش. ولكنّ الظّاهر أنّه يستحقّ الأرش عند الحنابلة. وذلك لما قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى في تعليل المسئلة السّابقة: "ولنا أنّه ما استدرك ظلامته، ولا رضيَ بالعيب، فلم يسقط حقّه من الأرش، كما لو تلِف بفعل الله تعالى."[2] ويبدو أنّ هذا أوفق بالعدل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٨٧- العيب الحادث عند المشتري

إن حدث في المبيع المعيب عيبٌ جديدٌ عند المشتري بغير فعلٍ من البائع، ففيه مذهبان:

المذهب الأول: أنّه مانعٌ للرّدّ، فلايحقّ للمشتري أن يردّه، ولكن من حقّه أن يُطالِب البائعَ بأرش العيب القديم، وهو مذهبُ الحنفيّة. قال صاحبُ الهداية: "لأنّ في الرّدّ إضراراً بالبائع، لأنّه خرج عن ملكه سالماً، ويعود معيباً فامتنع، ولابدّ من دفع الضّرر عنه، فتعيّن الرّجوع بالنّقصان، إلاّ أن يرضى البائعُ أن يأخذه بعيبه."[3] وهو مذهب أحمد في رواية، ورُوي ذلك عن ابن سيرين والزّهريّ والشّعبيّ رحمهم الله تعالى.[4]

---

(١) قال ابن عابدين نقلاً عن البحر: "فإنّه إذا استهلكه فلا رجوع مطلقاً إلاّ في الأكل عندهما." (ردالمحتار ١٤: ٤٤٤ فقره ٢٣٠٤٨)

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٩

(٣) فتح القدير ٦: ١١

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٨٨-والمذهب الثاني: أنّ المشتريَ له الخيار، إمّا أن يُمسِكَ المبيعَ ويُطالِبَ البائعَ بالأرش، وإمّا أن يردَّ المبيع ويردَّ معه أرشَ العيب الجديد الحادثِ عنده. وهو مذهبُ المالكيّة[1] وهو الرّاجحُ من مذهب الحنابلة.[2] وقال الشّافعيّة مثلَ ذلك، إلاّ أنّهم قالوا: يُختارُ أحدُ الأمرين بتراضي الطّرفين. فإن لم يتّفقا، فالأصحُّ إجابةُ مَن طَلَبَ الإمساكَ، يعني مَن طلب أن يُمسِكَ المشترى المبيعَ ويُطالِبَ البائعَ بالأرش، سواءٌ أكان طالبُ الإمساك هو البائع أم المشتري، لأنّ فيه تقريراً للعقد.[3]

واتّفق الجميعُ على أنّه إن رضيَ البائعُ بقبول المبيع معيباً، وردَّ جميع الثّمن، فله ذلك.

٣٨٩- الزّيادةُ في المبيع عند المشترى

إن حدثت في المبيع زيادةٌ بعد البيع، واطّلع على عيبٍ كان فيه عند العقد، ففيه صورٌ آتية:

الأولى: أن تكون الزّيادةُ متّصلةً بالمبيع متولّدةً منه، مثلُ الزّيادة في سِمَن الحيوان، أو ثمر الشّجرة قبل التّأبير. فإن حدثت الزّيادةُ قبل أن يقبض المشترى المبيع، فلا خلافَ في أنّ مثلَ هذه الزّيادة لاتمنع الرّدّ، بل يجوز للمشترى أن يردَّ المبيعَ مع هذه الزّيادة بخيار العيب، وليس له أن يُطالب عوضاً على هذه الزّيادة. أمّا إذا حدثت الزّيادةُ بعد قبض المشترى، فلا تمنعُ الردّ أيضاً، ولكن إن أراد المشترى أن يُمسكه

---

(١) الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي ٣: ١٢٦

(٢) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٤١

(٣) مغنى المحتاج ٢: ٧٧و٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com

ويُطالِبَ البائعَ بأرش نقصان العيب، فله ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولايجوز للبائع أن يأبى. وقال محمّد رحمه الله تعالى: لايجوز للمشتري أن يجبُر البائعَ على الأرش إن أبى البائعُ ذلك، بشرط أن يستردَ المبيعَ ويردّ جميعَ الثّمن.[1] وهو قولُ الشّافعيّ رحمه الله تعالى.[2]

وفي مذهب المالكيّة قولان: أحدهما مثلُ قول الشّيخين، وآخرُ مثلُ قول محمّد والشّافعيّ رحمهم الله تعالى جميعاً.[3]

أمّا الحنابلة، فمذهبُهم أنّ الزّيادة المتّصلة المتولّدة لاتمنعُ الردّ، سواءٌ أحدثت الزّيادةُ قبل قبض المشتري، أم بعده.[4] ولكن ذكرنا فيما قبلُ عن ابن قدامة رحمه الله تعالى أنّ في جميعِ ما فيه خيارُ العيب للمشتري، يحقُّ له أن يُمسكَ المبيعَ ويُطالب البائعَ بالأرش. وذكر أنّه قولُ إسحاق أيضاً.[5] ومقتضى ذلك أنّه يجوز له أن يُطالبَ البائع بأرش النّقصان ويُمسكَ المبيع.

---

(١) راجع بدائع الصّنائع ٤: ٥٦٠ لما قبل القبض و ٥٦٢ لما بعده. وقد وقع هناك تسامح في الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة ٢٠: ١٤٠ حيث عمّم الحكم فيما قبل القبض وفيما بعده، وكذلك ذكر في حاشيته أن عبارة ابن الهمام موهمة لعكس الحكم في الزيادة المتصلة المتولدة، مع أنّ تلك العبارة تتعلق بالمنفصلة المتولدة، وليس بالمتصلة المتولّدة، فليُتنبّه.

(٢) راجع المجموع شرح المهذّب ١٢: ١٩٦ حيث ذكر في حكم الزّيادة المتّصلة الردّ فقط، وقارنه بعبارة المهذّب ١٢: ١٦٧ حيث ذكر أنّه لايحقّ للبائع أو المشتري أن يجبر الآخر على الإمساك والأرش.

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢: ١٠٣

(٤) قال ابن قدامة: "فإنّه يردّه بنمائها، لأنّه يتبع في العقود والفسوخ." (٤: ٢٣٩)

(٥) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الثانية: أن تكون الزيادةُ الحادثةُ بعد قبض الشتري منفصلةً عن المبيع، غير متولِّدة منه، كما إذا اشترى سيارةً، وآجرها فكسب أجرةً، واطَّلع على العيب بعد ذلك. ولا خلاف في هذه الصورة أنّ هذا الكسب لا يمنع الردّ، وأنّ المشتريَ يردّ السيارة، ويمسك ما كسب من مال. وهذا الكسبُ حلالٌ طيّب له، لأنه حصل له والسيّارةُ في ضمانه. وهذا الأصلُ مبنيٌّ على ما رواه أبوداود عن عائشة رضي الله عنها قالت:

"إنّ رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يُقيم، ثمّ وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، فردّه عليه، فقال الرّجل: يا رسول الله! قد استغلّ غُلامي، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم: "الخَراجُ بالضّمان"."[1]

ومعنى هذا الحديث أنّ العبد حين كسب المال، كان في ضمان المشتري، بحيثُ إن هلك، هلك من ماله، فيستحقُّ كسبَه بسبب هذا الضّمان.

وهذا الحكمُ مجمعٌ عليه بين الفقهاء بسبب هذا الحديث إن حدثت الزّيادةُ بعد قبض المشتري للمبيع.[2]

فأمّا إذا اشترى سيّارةً مثلاً، ولم يقبضْها، وبقِيتْ عند البائع، وآجرها البائع، وحصل على أجرة، ثمّ سلّم السّيارةَ إلى المشتري، فوجد بها عيباً، ففيه خلافٌ بين فقهاء

---

(١) سنن أبي داود، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثمّ وجد به عيباً، حديث ٣٥١٠ وأخرجه أيضا الحاكم في المستدرك (٢: ١٨) ولفظه: "الغلّة بالضمان"، وقال "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه،" وأقرّه الذهبيّ في التلخيص بقوله: "صحيح"

(٢) قال ابن قدامة: وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشّافعيّ، ولانعلم عن غيرهم خلافهم. (المغني ٤: ٢٣٩) وقال السبكي: "ويردّ المبيع وحده ويسترجع جميع الثمن قولاً واحدا لاخلاف في ذلك للحديث. (تكملة المجموع ١٢: ٢٠٠)

www.besturdubooks.wordpress.com

الحنفيّة. فالحكمُ على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ كسبَ السيّارة يكونُ مملوكاً للمشتري بغير مقابل، لأنّ الكسبَ حصل بعدَ البيع وانتقالِ ملكه إلى المشتري، ولكن لايطيب له هذا الكسب[1]، لأنّه حصل والسيّارةلم تكُن في ضمانه لعدم القبض، فهو ربحُ مالم يضمن. وهذا الحكم مبنيٌّ على العلّة الّتي نصّ عليها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في الحديث المذكور، وهي :"الخراج بالضّمان"، فظهر أنّه لايحلّ الخراج (أي الكسب) إذا لم يكن هناك ضمان.

أمّا على أصل أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى، فالكسبُ للبائع بعد الرّدّ، لكنّها لاتَطيب له، لأنّه حصل عليه حينَ لم تكُن السّيّارةُ في ملكه. هذا إذا اختار المشتري الرّدَّ بالعيب. أمّا إذا اختار إمضاءَ البيع، فالزّيادةُ لاتَطيب للمشتري بلا خلاف، لأنّه ربحُ ما لم يضمن.[2]

أمّا عند الشّافعيّة والحنابلة، فالزّيادة المنفصلةُ للمشتري مطلقاً، سواءٌ أحدثت بعد القبض أم قبله، وسواءٌ ردّ المبيعُ بعد القبض أم قبله. ولم يذكروا أنّها لاتطيبُ للمشتري إن حدثت في يد البائع.[3]

وذكر ابنُ قدامة عن الإمام مالك رحمهما الله تعالى أنّه يُفرّق بين الثّمرة والولد، فالثّمرةُ عنده للمشتري، والولد للبائع، فيُردّ مع المبيع.[4]

الثالثة: أن تكونَ الزّيادةُ الحادثةَ عند المشتري متّصلةً بالمبيع، غيرَ متولّدة منه. مثل ما

---

(١) ومعناه أنّه لايجوز له أن ينتفع بهذا الكسب، بل يتصدّق به.

(٢) بدائع الصّنائع ٤: ٥٦١

(٣) مغني المحتاج، كتاب البيع ٢: ٨٢ والمغني لابن قدامة ٤: ٢٣٩

(٤) المغني ٤: ٢٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

اشترى ثوباً فخاطه، أو صبغه، أو أرضاً فبنى فيها أو غرس، ثمّ اطّلع على عيبٍ في المبيع. وإنّ هذه الزّيادةَ مانعةٌ من الرّدّ، لأنّه لاسبيلَ إلى ردّ الأصل بدون الزّيادة، لأنّها لاتنفكّ عنها، وكذلك لاسبيلَ إلى ردّ الأصل مع الزّيادة، لأنّها ليست مبيعةً، ولاتابعةً للمبيع، كما أنّ الزّيادة المتولّدة تابعةٌ للمبيع، فيمتنعُ الرّدّ. وليس للمشتري في هذه الصّورة إلاّ أن يُطالب البائعَ بالأرش، حتّى لو رضيَ المشتري بأن يردّ إليه المبيعَ بالزّيادة ويتطوّع بها، وقبله البائع، لايجوز ذلك، لأنّه يستلزم أن تكون الزّيادةُ للبائع بدون عوض، والفضلُ الخالي عن العوض مستحقاً في العقد يستلزم الرّبا أو شبهتَه، والشّبهةُ في باب الرّبا ملحقٌ بالحقيقة، فلايجوز.[1] فامتناع الرّدّ هنا بحكم الشّرع. وامتناع الرّدّ بهذه الزّيادة بغير عوضٍ ممّا اتّفقت عليه المذاهب الأربعة.

ولكن زاد المالكيّةُ والشّافعيّةُ أنّه إن أمكن إزالةُ الزّيادة بدون تعييب المبيع، فللمشتري أن يُزيلَ الزّيادةَ ويردَّ المبيع بخيار العيب بدون الزيادة. (ولعلّ هذا القدرَ لايخالف المذاهبَ الأخرى أيضاً) وإن تعذّر ذلك، رجعَ المشتري بالأرش، إلاّ أن يرضى البائعُ بأن يدفعَ إلى المشتري قيمةَ الزّيادة مع أصل الثّمن، ويستردَّ المبيع.[2] فإن لم يرضَ البائعُ بذلك، فعند المشتري خياران: الأوّل: أن يطالبه بالأرش، والثّاني: أن يردَّ المبيع ويبقى شريكاً له في الزّيادة. وشرحه الدّردير رحمه الله تعالى بأنّ الزّيادة لو زادت في قيمة المبيع المعيب بقدر الخُمس مثلاً، فإنّ المبيع يكون مشتركاً بينهما أخماساً، فتكونُ أربعةُ أخماسٍ للبائع، وخمسٌ للمشتري.[3]

---

(۱) فتح القدير ٦: ١٣

(٢) صرّح به الدّسوقيّ رحمه الله تعالى ٣: ١٢٧

(٣) حاشية الدّسوقيّ ٣: ١٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ المالكيّة يجعلون الخيار بين الأمرين للمشتري بمعنى أنّه يحق للمشتري أن يجبُر البائعَ على الرّدّ مع كونه شريكاً له بقدر الزّيادة حسبما قلنا. ويقول الشّافعيّة: لايحق للمشتري أن يجبُر البائعَ على الردّ مع كونه شريكاً له، بل إنّما يجوز ذلك برضا البائع،[١] وذلك لأنّ إشراكه في المبيع عقدُ معاوضة، فلا يجوز إلاّ بتراضي الطّرفين.

وأجاب عنه القرافيّ رحمه الله تعالى بقوله: "لابدّ من أحد الضّررين: إمّا إلزامُ المشتري معيباً لم يدخُلْ عليه، أو إلزامُ البائع معاوضةً لم يرضها، وهو أولى أن يُحمَل عليه لتقدّم حقّ المشتري بالعقد."[٢]

أمّا الحنابلة، فالرّاجحُ عندهم أنّه لاحقّ للمشتري إلاّ في الأرش، ولايُجبَر البائعُ على دفع قيمة الزّيادة (أو إشراك المشتري في المبيع بقدر الزّيادة)، لأنّه عقدُ معاوضة فلا يجوز إلاّ بالتّراضي. وذكر ابنُ قدامة رحمه الله تعالى أنّ مذهب الحنفيّة مثلُ مذهبهم،[٣] ولكن ذكر القرافيّ رحمه الله أنّ مذهب أبي حنيفة مثلُ مذهب المالكيّة.[٤] ولم أجد بعدُ تصريحاً من الحنفيّة في هذه المسئلة. غير أنّ اقتصارهم في الزّيادة المتّصلة غير المتولّدة على أخذ الأرش يدلّ على أنّه ليس للمشتري خيارٌ آخر إلاّ بالتّراضي، مثل مذهب الشّافعيّة والحنابلة، وهو الّذي يبدو راجحاً من حيثُ الدّليل، فإنّ الإشراك فيه صعوبةٌ ظاهرة من النّاحية العمليّة، فإنّه يحتاج إلى تقويم المبيع بدون زيادة، وتقويمه بعد الزيادة، ثمّ تعيين نسبة الفرق بينهما، ثمّ الإشراك

---

(١) المجموع شرح المهذّب ١٢: ١٩٧

(٢) الذّخيرة للقرافي ٥: ٩٠

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٥٣

(٤) قال رحمه الله تعالى: "ووافقنا ح" (الذّخيرة ٥: ٩٠)

www.besturdubooks.wordpress.com

بقدره. والإشراكُ قد لايكون في مصلحة أحد الطرفين، فإنّه يحتاج إمّا إلى قسمة أو إلى مهايأة، أو شراء أحد حصّة الآخر. ولا يسهُل ذلك في جميع المبيعات، فلا ينبغي أن يُجبر أحد الفريقين على ذلك. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الرّابعة: أن تكون الزّيادةُ منفصلةً عن المبيع، متولّدةً منه، مثل أن تكون شاةً فدرّت لبناً، أو ولدت ولداً، أو تكونَ شجرةً فأثمرت. وفيه خلافٌ بين الفقهاء. فقال الحنفيّة: إنّها إن حدثت قبل أن يقبض المشتري المبيع، فإنّها غيرُ مانعةٍ من الرّدّ، فيجوزُ للمشتري أن يفسَخ البيعَ، ويستردَّ جميع الثّمن، والزّيادةُ للبائع، لأنّها حدثت حينَ كان المبيعُ في ضمانه.

وأمّا إذا حدثت الزّيادةُ في قبض المشتري، فإنّها مانعةٌ للرّدّ، ويرجعُ على البائع بالأرش. وذلك لأنَّ الزّيادةَ المتولّدةَ مبيعةٌ تبعاً للأصل، فإن ردَّ المشتري الأصلَ بدونَ الزّيادة، فإنّه يبقى في يده جزءٌ من المبيع التّابع بدون ثمن، وهو فضلٌ خالٍ عن العوض، (بخلاف الزّيادة المنفصلة غير المتولّدة، فإنّها ليست تابعةً للأصل، لكونها حدثت بسببٍ آخر غير تابع للبيع، كغلّة المبيع). وإن ردّها مع الزّيادة، فإنّه يستلزم أن يربحَ البائعُ ما لم يضمن، لأنَّ الزّيادةَ إنّما تولّدت حينَ كان المبيعُ في ضمان المشتري، وليس في ضمان البائع، وربحُ مالم يضمن ممنوعٌ بنصِّ الحديث. فلمّا تعذّر الرّدّ في كلتا الحالتين، تعيّن الرّجوعُ بالأرش.[1]

وقال الشّافعيّة والحنابلة: إنّ هذه الزّيادةَ لاتمنعُ الرّدّ، بل يردُّ المشتري المبيعَ بدون الزّيادة، وقاسُوها على الزّيادة غير المتولّدة، حيثُ تكونُ للمشتري، لحدوثها في

(١) هذا ملخّص ما في البدائع ٤: ٥٦١ و٥٦٢ و٥٦٣

ضمانه. والفرقُ عند الحنفيّة ما بيّنّا من أنّ المتولّدةَ مبيعةٌ تبعاً للأصل، وغيرَ المتولّدة ليست تابعةً، فلمّا كانت جزءً من المبيع تبعاً، واستردَّ المشتري جميع الثّمن، فتبقى الزّيادةُ بدون عوض.

ووافق المالكيّةُ الشّافعيّةَ والحنابلةَ في الزّيادات من غير جنس المبيع، مثل اللّبنِ الّذي حُلب، و الصّوفِ الّذي جُزّ من الدّابّة المبيعة، أو الثّمرة الّتي قُطعت، حيثُ يُمسكها المشتري إن ردّ المبيعَ بالعيب. أمّا الزّياداتُ الّتي تولّدت من جنس المبيع، مثل ولد الأمة أو الدّابة. فقالوا: إن ولدت الدّابّةُ المبيعةُ عند المشتري، فأراد أن يردّها بالعيب، وجب عليه أن يردّ الدّابّةَ مع ولدها.[1]

٣٩٠- إخراج المشتري المبيعَ عن ملكه

إذا أخرج المشتري المبيعَ عن مِلكه بعقدٍ من عقود التّمليك، كالبيع والهبة (مع التّسليم) أوالصُّلح، فإن أخرجه عن ملكه عالماً بالعيب، فلا يستحقُّ الرّدّ بالإجماع. وإنّ امتناع الرّدّ بعد إخراج المشتري المبيعَ عن ملكه متّفق عليه بين الفقهاء. ولكن هناك خلافٌ في استحقاق الأرش.

والظّاهر من مذهب الحنفيّة أنّه إن أخرج المبيع عالماً بالعيب، فلا حقّ له في الأرش، لأنّ الإقدام على بيعه رضاً بالعيب. وإن لم يكن عالماً بالعيب عند بيعه، فله المطالبةُ بالأرش. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى في صورةٍ لامتناع الرّدّ: "إلاأنّ قبل العلم بالعيب لم يصرْ هو راضياً بالعيب، فيرجعُ بالنّقصان، وبعد العلم بالعيب يصير هو بالإقدام على هذا الفعل

(١) المقدمات الممهدات ٢: ١٠٣ والمدونة الكبرى، كتاب التفليس ٤: ٨٥

www.besturdubooks.wordpress.com

راضياً بالعيب، ولا يرجع بالنقصان."[١] ولا فرق عند الحنفيّة بين البيع، وبين تصرّفٍ آخر مُخرِجٍ عن الملك.[٢]

ولكنّ هذا الحكم فيما إذا باع المبيع إلى ثالث، غيرَ عالم بالعيب، وبدون أن يتصرّف فيه بما يُغيّره. أمّا إذا أحدث في المبيع ما غيّره، مثل ما إذا كان المبيع ثوباً فقطعه، أو خاطه، ثمّ باعه إلى ثالث، ووجد به عيباً، فلا حقّ له في الأرش. قال البابرتيّ رحمه الله تعالى:

"فإن باعه المشتري، يعني بعد القطع (أي قطع الثوب) ثمّ علم بالعيب، لم يرجع بشيءٍ، لأنّه جاز أن يقول البائع: كنت أقبله كذلك، فلم يكن الرّدّ ممتنعاً برضا البائع، فإنّ المشتريَ يصير بالبيع حابساً المبيع، ولا رجوع بالنّقصان إذ ذاك، لإمكان ردّ المبيع وأخذ الثّمن لولا البيع."[٣]

والرّاجح في مذهب الحنابلة أنّه يستحقّ الأرش، وإن أخرجه عن ملكه عالماً بالعيب، لأنّ الأرش عوضُ الجزء الفائت بالعيب فلم يسقط بتصرفه فيما سواه، كما لو باعه عشرة أقفزة، فأقبضه تسعة، فتصرّف فيها.[٤]

ومذهبُ الشّافعيّة في الراجح أنّ المشتريَ لاحقّ له في الأرش بعد البيع، سواءٌ كان عالماً بالعيب أو غير عالم به، إلاّ في ما زال فيه مِلكُ المشتري بغير عوض، مثل الهبة،

---

(١) المبسوط، باب العيوب في البيوع ١٣: ٩٩

(٢) بدائع الصنائع ٥٥٦:٤

(٣) العناية مع فتح القدير ٦: ١٢ و ما ذكر ابن قدامة عن الحنفيّة أنّه لا يستحقّ الأرش بعد البيع، (المغني ٤: ٢٤٧) فالظّاهر أنّه محمولٌ على هذه الصّورة، وإن كان ابن قدامة صرّح فيه بأنّه لايستحقّ الأرش عند الحنفيّة، سواءٌ كان عالماً بالعيب أو غير عالم به.

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٧ و ٢٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أو بعقدٍ امتنع عوده إليه، مثل الوقف، فله أن يرجع على بائعه بالأرش عند طوائف من المحقّقين.[١]

وفرّق المالكيّةُ بين الهبة والبيع، ففي صورة الهبة والصّدقة يستحقّ الأرش. وفي صورة البيع، إن باعه بنفس الثّمن الّذي اشتراه به من البائع الأوّل، أو بأكثر، فلا رجوع له بالأرش، وإن باعه بأقلّ منه، ولم تكن القلّةُ لحال السّوق، بل بسببِ العيب الّذي ظنّ خطأً أنّه عيبٌ جديدٌ حدث في ملكه، فله الرّجوع بالأرش تجاه البائع الأوّل.[٢]

ثمّ إن ردّ المشتري الثّاني المبيعَ إلى المشتري الأوّل بسبب العيب قبل القبض، يحقّ للمشتري الأوّل أن يردّه إلى بائعه بالإجماع. أمّا إن ردّه المشتري الثّاني بعد القبض، فمذهبُ الحنفيّة أنّه إن رُدّ بقضاء القاضي، يعود إليه الخيارُ تجاه البائع الأوّل، فيجوز له أن يردّه إليه بخيار العيب. أمّا إذا قبل الردّ من المشتري الثّاني بغير قضاء القاضي، فلا يعود إليه الخيار تجاه البائع الأوّل، لأنّه بيعٌ جديدٌ في حقّ ثالث، وإن كان فسخاً في حقّهما. والبائع الأوّل ثالثٌ بالنّسبة إلى ما وقع بين المشتري الأوّل والثّاني من الفسخ.[٣] وأمّا الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة، فكلّهم متفقون على أنّ له الرّدّ إلى البائع الأوّل، سواءٌ رُدّ إليه من المشتري الثّاني بقضاء القاضي أو بغيره.[٤]

---

(١) راجع المجموع شرح المهذّب ١٢: ٢٩٢ و٢٩٥ وتحفة المحتاج ٤: ٣٦٣

(٢) الدّسوقي ٣: ١٢٤ و١٢٥

(٣) الهداية مع فتح القدير ٦: ١٩ إلى ٢٢

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٦ والمجموع شرح المهذّب ١٢: ٢٩٧ والدّسوقي ٣: ١٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٩١- مؤنة النقل في الرد بخيار العيب

وإن أراد المشتري أن يردّ المبيعَ بخيار العيب، فمؤنة النّقل إلى موضع العقد على المشتري. قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى ناقلاً عن البحر وجامع الفصولين: "ومؤونة ردّ المبيع بعيبٍ أو بخيار شرطٍ أورؤيةٍ على المشتري، ولوشرى متاعاً وحمله إلى موضع، فله ردُّه بعيبٍ أو رؤيةٍ لو ردّه إلى موضع العقد وإلافلا."[١] وهو مذهب الشّافعيّة والحنابلة أيضاً.[٢]

وفرّق المالكيّة في هذا بين البائعِ المدلّس وغير المدلّس. فإن كان مدلّساً للعيب. فمؤنةُ النّقل عليه عندردّ المبيع ، حتّى لو نقل المشتري المبيعَ إلى محلٍّ آخر في البلد نفسه بأجرة، ثمّ اطّلع على العيب واختارَ الرّدّ، وجب على البائع المدلّس أجرةُ ذلك النّقل أيضاً، ويجوز للمشتري أن يرجع عليه بتلك الأجرة. أمّا إذا سافر به المشتري إلى بلدٍ آخر، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بأجرة النّقل إلى ذلك البلد. وعليه مؤنةُ الرّدّ إلى موضع العقد أيضاً، إلاّ إذا كان البائعُ عالماً بأنّ المشتريَ ينقله إلى بلده، فحينئذٍ أجرةُ النّقل عليه جائياً وراجعاً.

أمّا إذا كان البائعُ غيرَ مدلّس، ونقل المشتري المبيعَ إلى محلٍّ قريب، ثمّ أراد الرّدّ بعيب، فمؤنة الرّدّ على المشتري، وإن نقله إلى محلٍّ بعيد، سقط خيار الرّدّ، وتعيّن الأرش، حسبما ذكره الدّردير، ولكن ذكر الدّسوقيّ عن ابن يونس وابن رشد أنّه لافرقَ بين القرب

---

(١) ردّالمحتار، باب خيار الرؤية ١٤: ٣٤٧

(٢) المجموع ١٢: ١٥٩وفيه أنّ هذا الحكم يعمّ خيارالشّرط والإفلاس أيضاً. وراجع شرح منتهى الإرادات في حكم الردّ بالعيب ٢: ١٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والبعد، ويُخيّر المشتري في الحالتين بين أن يردّ المبيعَ إلى محلّ العقد ويتحمّل مؤنته، وبين أن يُمسك المبيع ويُطالب بالأرش.(١)

والّذي يظهرأنّ التّفصيل الّذي ذكره المالكيّة أوفقُ بمصالح التّجارة بين البلدين أو التّجارة الدّوليّة. فإنّ نفقاتِ الشّحن بين البلدين نفقاتٌ باهضةٌ لو حُمّلت على المشتري المغرور، فإنّ فيه إضراراً به، حيثُ يتحمّلُ هذه النّفقات بدون عائد. ومقتضى العدل أن يتحمّلها البائعُ المدلّس، لأنّه غرّ المشتري، بخلاف ما إذا كان البائعُ غيرَ مدلّس، فإنّه ليس هناك تقصيرٌ منه، فتخييرُ المشتري بين مطالبة الأرش وبين ردّه على نفقته فيه رعايةٌ للجانبين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

أمّا في القانون الإنكليزيّ، إن رفض المشتري قبولَ المبيع فيما يحقّ له ذلك، فليس عليه مؤنة ردّه إلى البائع. تقول المادّة ٤٣ من قانون بيع المال أنّ المشتريَ في هذه الحالة ليس مُلزَماً بردّ البضاعة المبيعة إلى البائع، وإنّما يكفيه أن يُشعر البائع بأنّه لم يقبل البضاعة. وذكر شُرّاح القانون أنّ البضاعة بعد ذلك على ضمان البائع، ولو عرض المشتري على البائع أن يستردّ البضاعة، فلم يفعل البائع، فإنّه يحقّ للمشتري أن يُطالبه بأجرة حفظها.(٢)

٣٩٢- حكم وجود العيب في بعض المبيع

وإن وجد المشتري عيباً في بعض المبيع، ووجد الآخر سالماً، فإنّ حكمه يختلف باختلاف المبيعات. والمبيعاتُ في هذا الحكم على قسمين:

---

(١) هذه خلاصة مافي شرح الدّردير وحاشيته للدّسوقي ٣: ١٢٩

(٢) Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act, Section 43, P.323

www.besturdubooks.wordpress.com

الأول: أن تكون المبيعات بمنزلة شيء واحد تتوقف الانتفاع بأحدها على الآخر، مثل الخفّين، والنعلين، ومصراعي الباب، أو المكيلات والموزونات في وعاء واحد، أو في صُبرة واحدة. ووجد المشتري ببعضها عيباً، فحكمه أنه بالخيار، إمّا أن يقبلهما جميعاً، أو يردّهما جميعاً، ولا يجوز له أن يمسك السالم ويردّ المعيب. لأنّ الانتفاع بأحدهما لا يمكن فيما وُضع له بدون الآخر، أو لأنّ فيه تفريق الصفقة على البائع فيما هو في حكم شيء واحد. ففي ردّ بعضه إضرارٌ بالبائع، إلّا أن يرضى البائع بردّ المعيب بحصّته من الثّمن.

والقسم الثّاني: المبيعات الّتي هي بمنزلة أشياء متعدّدة، مثل ثوبين، أو شاتين، أو صُبرتين من الحنطة أو المكيلات أو الموزونات الأخرى أو المعدودات المتقاربة في وعائين، ووجد المشتري بأحدهما عيباً، فحكمه عند الحنفيّة والمالكيّة أنّه يحقّ للمشتري أن يردّ المعيب خاصّة بحصّته من الثّمن، وليس له ردّ الكلّ إلّا بالتّراضي.[1] وهو روايةٌ في مذهب الحنابلة. وقال زفر والشّافعيّ رحمهم الله تعالى: ليس له أن يردّ المعيب فقط، بل يردّ الكلّ أو يمسك الكلّ، كما في القسم الأوّل. وهو روايةٌ أخرى في مذهب الحنابلة.[2]

وقد ذكرنا فيما قبل أنّ القوانين الإنكليزيّة ليس فيها تصوّر خيار العيب مثل ما هو متصوّرٌ في الفقه الإسلاميّ، ولكن يوجد فيها ما يقارب خيار فوات الوصف. فإن

---

(١) هذا ملخّص ما في بدائع الصنائع ٥: ٥٦٤ إلى ٥٦٦ ومواهب الجليل للحطّاب ٤: ٤٥٩

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٨

وُجد بعضُ المبيع بخلاف الوصف المتّفق عليه في العقد، فإنّ المادّة(٣) ٣٧ من قانون بيع المال يُعطي خيارين للمشتري، فيحقّ له أن يردّ الكلّ، أو يردّ ما وجده خلاف الوصف، ويُمسك الباقيَ بحصّته من الثّمن. ولم يُفرّق القانون بين القسمين المذكورين أعلاه، كما فرّق بينهما الفقه الإسلاميّ، غير أنّه جعل هذا الحكم خاضعاً للأعراف التّجاريّة أو شروط التّعاقد فيما بين المتعاقدين.

٣٩٣- جريان الإرث في خيار العيب

ثمّ إن مات المشتري وله خيارُ العيب، فإنّ خياره ينتقل إلى وارثه باتّفاق الأئمة الأربعة،[١] بخلاف خيار الشّرط، فإنّ في توريثه خلافاً، كما سيأتي في خيار الشّرط إن شاء الله تعالى.

وصرّح السّبكيّ رحمه الله تعالى في تكملة شرح المهذّب أنّ خيارَ العيب ينتقل إلى الوارث، سواءٌ أمات المشتري مطّلعاً على العيب، أم اطّلع عليه وارثُه بعد موته، فإن اختار أحدُ الورثة أن يردّ نصيبَه لم يجُز، لأنّه تبعيضُ صفقة في الرّدّ، فلم يجُز من غير رضا البائع، كما أراد المشتري أن يردّ بعضَ المبيع.[٢]

---

(١) المبسوط للسرخسي، باب الخيار في البيع ١٣: ٤٣ المجموع شرح المهذّب١٢: ١٩٣ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢: ٤٦١ وبداية المجتهد ٢: ٢١١ ولافرق عندالشافعية والمالكية بين خيار الشّرط وخيار العيب، فالإرث يجري عندهم فيهما كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بيان خيار الشّرط.

(٢) المجموع شرح المهذّب ١٢: ١٩٣ و ١٩٤

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٩٤- اختلاف المتبايعين في وقت حدوث العيب

إن اختلف المتبايعان، فادّعى المشتري العيب من عند البائع، وأنكره البائع، فالبيّنةُ على المشتري، واليمينُ على البائع.[١] وهذا مذهب الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة،[٢] وهو مذهب الحنابلة في رواية. والرّواية الثّانية عندهم: أنّ اليمينَ على المشتري.[٣] وهذا هو الأصلُ في المذاهب الأربعة، غير أنّ في كلّ واحد من المذاهب تفاصيل جزئيّةً لتطبيق هذا الأصل تُراجع عند الحاجة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٩٥- خيار فوات الوصف

ويُقال لهذا الخيار "خيارُ الخُلف" أيضا. ومعناه أنّه إن كان المشتري اشترطَ في المبيع وصفاً، فوجده فائتاً ذلك الوصف، فإنّ له الخيار، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه.

والفرقُ بين خيار العيب وخيار فوات الوصف من جهتين:

الأولى: أنّ خيارَ العيب إنّما يحصُل للمشتري بحكم الشّرع، ولايلزمُ المشتريَ أن يشترطه في العقد، بل يحصل له بالعقد تلقائيّاً، بخلاف خيار فوات الوصف، فإنّه إنّما يحصُل للمشتري إذا اشترطَ ذلك الوصفَ في المبيع، مثل أن يشترطَ في الشّاة كونَها حَلوباً. فإن وجد أنّها غير حلوب، حصل له الخيار.

والجهة الثّانية: أنّ خيارَ العيب إنّما يحصُل للمشتري إذا تبيّن له عيبٌ يُعتبر عيباً في المبيع حسب ما ذكرناه في تعريف العيب المعتبر. أمّا خيارُ فوات الوصف، فإنّما

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٢٣

(٢) الدسوقي ٣: ١٣٦ و ١٣٧

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٥١

www.besturdubooks.wordpress.com

يحصل بفوات وصف مرغوب فيه ومشروط في العقد، ولو لم يكن ذلك الفوات يُعتبر عيباً في عرف التجار، مثل كون الدابّة المبيعة ذكراً أو أنثى، أو كون الشاة حلوباً.

وإنّ الأئمة الأربعة متّفقون على ثبوت أصل هذا الخيار، وإن كان هناك خلافٌ في بعض تطبيقاته. وذكر الفقهاء لثبوت هذا الخيار شروطاً آتية:

١- أن يكون الوصفُ المرغوبُ فيه مشروطاً في العقد. وهذا شرطٌ اتّفق عليه الفقهاء. فإن اشترط الوصف في البيع صراحةً، ثبت الخيار قطعاً. والظاهرُ أنّه لولم يُشترطْ في العقد صراحةً، ولكن كان مشروطاً فيه بحكم دلالة الحال، فينبغي أن يُعتبر كالمشروط، مثل أن يكون هناك سوقٌ تختصّ لبيع أنعام الأضحية في أيام الأضاحي، فلو اشترى أحدٌ شاةً من تلك السوق، ثم تبيّن أنّها غيرُ صالحة للأضحية، يحصُل له الخيار، ولولم يثبت فيها عيبٌ يعدّه التّجار عيباً لشاة اللّحم. وقدّمناه في أوّل خيار العيب.

٢- أن يكون الوصفُ مرغوباً فيه يتعلّق به غرضٌ صحيح. فإن كان غيرَ مرغوب فيه، ولايتعلّق به غرضٌ مقصود، يلغو ذلك الشّرط، ولايثبت الخيار، بل ينعقد البيع بدون الوصف المشروط.(١)

٣- أن يكون الغرضُ من ذلك الوصف مشروعاً، وليس للتّلهّي فقط، ومثّلوا ذلك بأن يشتريَ جاريةً على أنّها مغنّيةٌ على سبيل الرّغبة فيها، لأنّ جهةَ الغناء جهةُ التّلهّي، فاشتراطُها في البيع يُوجب الفساد، وكذا إذا اشترى قُمريّةً على أنّها تُصوّت أو طوطيّاً

---

(١) المجموع شرح المهذّب ١٢: ٣٢٩

على أنه يتكلّم،[1] أوحمامةً على أنّها تجيئ من مكانٍ بعيد، أو كبشاً على أنّه نطّاح، أوديكاً على أنّه مقاتلٌ؛ لأنّ هذه الجهاتِ كلّها جهاتُ التلهّي، بخلافِ ما إذا اشترى كلباً على أنّه معلّم، أواشترى دابّةً على أنّها هملاج (أي سريع العدو) لأنّها صفةٌ لاحظرَ فيها بوجه."[2]

٣- أن لا يكون في الوصف المشروط غرر. ومثّلوه بشراء شاة على أنّها تُدِرّ قدراً معيّناً من اللّبن كلّ يوم، فيه غررٌ لأنّه لايُعرف بيقينٍ كم ستُدِرّ في المستقبل. أمّا إذا اشترط أنّها شاةٌ حلوب، جاز شرطُ هذا الوصف، لأنّ كونَها حلوباً يمكن التأكّد منه. وكذلك لو اشترى بطيخا أو فاكهةً أخرى على أن تكون حلوةً، فإنّ فيه غرراً. ولكن يجوز أن يشترط كونها من منطقة معيّنة، مثل أن يكون رمّان الطّائف. كما يجوز أن يرضى البائعُ بأنّه يُذيق المشتريَ منه، فإن وجده مناسباً له، اشتراه. وهذا ليس خيار الخلف، بل هو شراءٌ بعد التّجربة.

ولو اشترى بقرةً على أنّها حامل، لم يجز في ظاهر الرّواية عند الحنفيّة، وعلّله الكاسانيّ

---

(١) لعلّ المراد من الطّوطيّ البّبغاء. وفيه نظرٌ من جهة أنّ اقتناء القمريّة أوالببغاء ممّا لاحظر فيه، ولاشكّ أنّ هذه الأوصاف مرغوب فيها للاستئناس بها، ويشكل أن يقال إنّ الاستئناس بها من التّلهي المحظور، وقد جرى العمل بذلك من غير نكير. جاء في لسان الحكّام لابن الشّحنة: "إذا كان يمسك الحمام في بيته ويستأنس بها ولايطيّرها فهو عدل، لأن اقتناء الحمام في البيوت مباح. ألاترى أنّ النّاس يتّخذون بروج الحمام ولم يمنع من ذلك أحد." (الفصل الثالث في الشهادات ١: ٢٤٤) وذكر ابن قدامة رحمه الله تعالى أن منع أبي حنيفة لاشتراط التصويت في القمريّ إنما هو للغرر، لأنّ صياح الطّير يجوز أن يوجد ويجوز أن لايوجد. قال: "والأولى جوازه؛ لأنّ فيه مقصداً صحيحاً، وهو عادةٌ له وخلقةٌ فيه." (المغني ٤: ٢٤٦)

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٨١و٣٨٢

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمه الله تعالى بقوله: "لأنّ المشروطَ يحتمل الوجود والعدم، ولايُمكن الوقوف عليه للحال، لأنّ عِظَم البطن والتحرّك يحتمل أن يكون لعارض داء أوغيره."

ومقتضى هذا التعليل أنّه إن حصل التيقّن بالحمل بالآلات الجديدة التي تُصوِّر ما في البطن من الحمل، ينبغي أن يجوزَ هذا الشّرط. وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنّ البيع بهذا الشّرط جائز."[1] وذكر ابنُ الهمام رحمه الله تعالى أنّ هذا البيعَ جائزٌ عند الشّافعيّ رحمه الله تعالى في الأصحّ.[2]

ويُقاس على ذلك أن تُشترى شُقّةٌ بشرط أن تُكرى على كراءٍ معيّن، فإنّه لا يُعرف بكم تُكرى، فلايجوز. وقد تُباعُ محلاتٌ تجاريّةٌ على أنّ إيرادَها الشّهريّ كذا. وفيه غررٌ أيضاً، لأنّه لا يستطيع أحدٌ أن يقدّر إيرادَها في المستقبل بيقين.

ولكن ينبغي أن يجوز شراءُ جهازٍ أو ماكينةٍ على أنّ ناتجها اليوميّ كذا، مثل أن يُباعَ جهازُ الطّباعة على أنّه يطبع كذا ورقةً في ساعة، فإنّ التأكّد منه ممكنٌ بيقين، وكذلك شراءُ سيّارةٍ على أنّها تقطع مسافةً معيّنةً، مثل عشرة كلومترات، بلتر واحد من البنْزين، فإنّ هذا الشّرطَ يُمكن التأكّد منه، وليس فيه غرر.

وكذلك الجودةُ والرداءةُ في أسواق السّلَع تنضبط بدرجاتٍ معلومة، فشراءُ سلعة على أنّها من الدّرجة الأولى أو الثّانية، شرطٌ جائزٌ يثبُت به خيارُ فوات الوصف، فإنّ هذه الدّرجات معروفةٌ اليوم في عُرف التّجار بأوصاف معلومة.

---

(۱) بدائع الصنائع، بقية كتاب البيوع، شرائط الصحة ٤: ۳۷۵

(۲) فتح القدير ٥: ٥۲۸ وهو قول عند الشّافعيّة في بيع الشّاة على أنّها حامل، وحسّنه إمام الحرمين في نهاية المطلب ٥: ٤٤۱ وقال العمرانيّ في شرح المهذّب: "وإن شرط أنّها تحلب كلّ يوم كذا، فهل يصحّ البيع؟ فيه وجهان بناءً على القولين في شرط الحمل. (البيان شرح المهذّب ٥: ۱۰۳)

www.besturdubooks.wordpress.com

٣٩٦- موجب خيار فوات الوصف

أمّا موجَبُ هذا الخيار، فهو أنّه يجوز للمشتري إن لم يوجد في المبيع الوصفُ المشروطُ أن يردّه إلى البائع ويستردّ الثّمن كلّه. أمّا إذا تعذّر الرّدّ لسببٍ من الأسباب المانعة للرّدّ (الّتي فصّلناها في خيار العيب)، جاز له أن يُطالبَ بفرق القيمة بين المبيع الموصوف بذلك الوصف وبين غير الموصوف. وهو ظاهرُ الرّواية عند الحنفيّة رجّحها ابن الهمام رحمه الله تعالى.[1]

أمّا إذا رضيَ المشتري بالمبيع، وأراد أن يُمسكه بدون الوصف المشروط، فإنّه يُمسكه بجميع الثّمن، لأنّ الأوصافَ لايُقابلها شيءٌ من الثّمن. وهذا لاخلافَ فيه. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "فمتى بانَ خلافُ ما اشترطه، فله الخيارُ في الفسخ والرّجوع بالثّمن، أو الرّضا به ولاشيئ له. لانعلم بينهم في هذا خلافاً".[2]

٣٩٧- صور اختلاف المبيع عمّا وقع عليه العقد

إن وجد المشتري المبيعَ بخلاف ما وقع عليه العقد فله صور ثلاثة:

الصّورة الأولى: أن يجد المبيعَ بخلاف الجنس الّذي وقع عليه البيع، مثل أن اشترى حنطةً، فوجدها شعيراً. وفي هذه الصّورة يبطل البيع بالإجماع.[3]

---

(١) قال رحمه الله تعالى: "وعن أبي حنيفة لايرجع بشيئ، لأنّ ثبوت الخيار للمشتري بالشّرط لابالعقد، وتعذّر الرّدّ في خيار الشّرط لايوجب الرّجوع على البائع. فكذا هذا. والصّحيح ما في ظاهر الرّواية. (فتح القدير ٥: ٥٢٩)

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٤٥

(٣) "ومن باع جارية فإذا هو غلام فلابيع بينهما" (الهداية مع فتح القدير ٦: ٦٦)

www.besturdubooks.wordpress.com

الصورة الثانية: أن يجد المبيع بخلاف القدر الّذي وقع عليه العقد، مثل أن يشتري صُبرةً من الحنطة على أنها عشرةُ كيلو، فيجدها تسعة كيلو، فإن أمكن تقسيمُ الثمن على الأجزاء، فله أن يأخذه بحصته من الثمن باتفاق الأئمة الأربعة، ولكن هل يكون له خيار الفسخ؟ فيه قولان: الأول: أنّ له الخيار بين أن يفسخ البيع أو يأخذه بحصته من الثمن. وهو مذهب الحنفيّة والشافعيّة، وقولٌ في مذهب الحنابلة.[1] ووجهه أنه وجد المبيع ناقصاً ممّا سُمّي له، وقد لايرضى بهذا القدر النّاقص، فلابدّ أن يكون له الخيار، ولأنّ فيه تفرّق الصفقة عليه قبل التّمام، فلم يتمّ رضاه بالموجود.[2] والقول الآخر عند الحنابلة أنّه لاخيار له، لأنّ نقصان القدر ليس بعيب في الباقي.[3]

والظاهرُ من كلام الإمام مالك رحمه الله تعالى أنّ النّقصان إن كان يسيراً، فلا خيارَ للمشتري إلاّ أن يأخذ النّاقص بحصته من الثّمن. أمّا إذا كان النّقصانُ كثيراً، فله خيارُ الفسخ. قال مالك رحمه الله تعالى: "إذا اشتراها على أنّ فيها مائة إردب، فوجد فيها مائة إردب إلاّ شيئاً يسيراً، لزمه البيع فيما أصاب في الصُّبرة من عدد الأرادب بحصّة ذلك من الثّمن. قال: وإن كان الّذي نقص من الصُّبرة الشيئَ الكثير لم يلزمه البيع إلاّ أن يشاء، لأنّ المبتاع يقول: ليس هذا حاجتي، وإنّما أردتُ طعاماً كثيراً."[4]

ولم يذكر الإمام رحمه الله تعالى طريقَ تعيين اليسير من الكثير، ولعلّه موكولٌ إلى العُرف في ذلك النّوع من المبيعات، والله سبحانه أعلم.

---

(١) وهو الذي مشى عليه قانون بيع المال في المادّة ١٠٣٧
(٢) الهداية مع فتح القدير ٥: ٤٧٦
(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٢
(٤) المدوّنة الكبرى، كتاب البيوع الفاسدة ٣: ١٩٩

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا إذا وجد المبيع زائداً عن القدر المشروط في العقد، مثل أن يشتري صُبرةً على أنّها عشرة كيلو، فوجدها أحد عشر، فإنّه يردّ القدر الزّائد إلى البائع، ولا خيار له في الفسخ، لأنّه لا ضرر له في الزيادة.[1] وكذلك لايجوز له إمساك الزيادة بحصّتها من الثّمن إلاّ برضا البائع، لأنّها لم تدخل في البيع بالعقد السّابق، فيحتاج إلى عقد جديد برضا البائع.[2] إلاّ أنّه يُفهم من عبارة الإمام مالك رحمه الله تعالى في المدوّنة أنّ الزّيادة إن كانت يسيرةً، فإنّ المشتري يأخذها بحصّتها من الثّمن، ولا خيارَ للبائع.[3] أمّا إن كانت الزّيادةُ كثيرةً، فلا خلاف أنّها للبائع.

وفي هذا يختلف القانون الإنكليزيّ عن الفقه الإسلاميّ، حيثُ تقول المادّة (٢) ٣٧ من قانون بيع المال إنّ البائع إن سلّم المبيع زائداً على القدر المعقود عليه، فإنّ للمشتري الخيار: إمّا أن يردّ الجميع، وإمّا أن يُمسك المبيع مع الزّيادة بحصّتها من الثّمن. وعلّلوه بأنّ تسليم القدر الزّائد من المشتري بمثابة إيجاب جديد من البائع بهذا المقدار، فيحقّ للمشتري أن يقبل هذا الإيجاب الجديد فيُمسك المبيع مع الزيادة، أو يردّه فيرفُض الجميع.[4]

ولكنّ هذا التّعليلَ فيه نظرٌ ظاهر، لأنّ البائعَ ربّما يُسلّم أو يُرسل القدر الزّائد خطأً، فكيف يُقال في جميع الحالات أنّ تسليم القدر الزّائد إيجابٌ جديد من قبله؟

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٢ ومثله في المهذب للشيرازي، مع المجموع ١٢: ٣٣٥

(٢) قال صاحب الهداية: "وإن وجدها أكثر، فالزيادة للبائع، لأنّ البيع وقع على مقدار معيّن، والقدر ليس بوصف." (الهداية مع فتح القدير ٥: ٤٧٦)

(٣) المدونة الكبرى ٣: ٢٠٠

(٤) Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act, Section 37, P.287

www.besturdubooks.wordpress.com

الصّورة الثّالثة لاختلاف المبيع عمّا وقع عليه العقد: أن يجد المبيعَ بخلاف الوصف المشروط. فيجري فيه ما ذكرنا من أحكام فوات الوصف المشروط.

۳۹۸- هل الذّراع في المذروعات وصف أو قدر؟

ثمّ اختلف الفقهاء في المذروعات، مثل الأرض، والثّياب: هل الذّراع فيه قدرٌ أو وصف؟ فقال الحنفيّة: إنّ الذّراع في المذروعات وصفٌ. فإن اشترى ثوباً على أنّه عشرةُ أذرع بعشرة دراهم، أو أرضاً على أنّها مائةُ ذراع، ولم يبيّن لكلّ ذراعٍ ثمناً على حدة، فوجدها أقلّ، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بجُملة الثّمن، وإن شاء ترك. قال صاحب الهداية:

"لأنّ الذّرع وصفٌ في الثّوب. ألايُرى أنّه عبارةٌ عن الطّول والعرض، والوصفُ لايُقابله شيئ من الثّمن، كأطراف الحيوان. فلهذا يأخذه بكل الثّمن، وإن وجدها أكثرَ من الذّراع الّذي سمّاه، فهو للمشتري، ولاخيارَ للبائع، لأنّه صفةٌ، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيباً، فإذا هو سليم. ولكن إن قال: بعتُكها على أنّها مائةُ ذراعٍ بمائة درهم،كلُّ ذراعٍ بدرهم، فوجدها ناقصة، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بحصّتها من الثّمن، وإن شاء ترك، لأنّ الوصفَ وإن كان تابعاً، لكنّه صار أصلاً بإفراده بذكر الثّمن. فينْزل كلُّ ذراعٍ منزلةَ ثوب، لأنّه لو أخذه بكلّ الثمن، لم يكن آخذا لكلّ ذراعٍ بدرهم، وكذلك إن وجدها زائدةً، فهو بالخيار إن شاءَ أخذَ الجميعَ كلُّ ذراعٍ بدرهم، وإن شاء فسخ البيع، لأنّه إن حصل له الزّيادة في الذّرع، تلزمُه زيادة

www.besturdubooks.wordpress.com

الثمن، فكان نفعاً يشوبه ضرر، فيتخيّر، وإنّما يلزمه الزّيادة لما بيّنّا أنّه صار أصلاً، ولو أخذه بالأقلّ، لم يكن آخذاً بالمشروط."[1]

وكون الذّراع وصفاً قولٌ في مذهب المالكيّة أيضاً كما ذكره الحطّاب رحمه الله تعالى.[2]

أمّا الشّافعيّة، فلهم في هذه المسئلة أقوالٌ مختلفة. منها ما يوافق الحنفيّة في كون الذّراع وصفاً، قال النّوويّ رحمه الله تعالى:

"لوباع أرضاً على أنّها مائةُ ذراع، فخرجت دون المائة، فقولان: أظهرُهما صحّةُ البيع. وقيل: يصحّ قطعاً للإشارة، وصار كالخُلف في الصّفة. فعلى هذا للمشتري الخيارُ في الفسخ، ولايسقط بحطّ البائع من الثّمن قدرَ النّقص. وإذا أجاز يُجيز بجميع الثّمن على الأظهر، وبقسطه على القول الآخر."[3]

وهذا القولُ الآخر مبنيٌّ على أنّهم اعتبروا الذّراع قدراً، لاوصفاً. قال السّبكيّ رحمه الله تعالى في توجيه هذا القول بعد بيان قول الحنفيّة: "وأجاب الأصحاب (يعني ردّاً لقول الحنفيّة) بأنّ الذّرع طريقٌ للتّقدير في العادة، كالكيل والوزن، فلا فرقَ بينهما."[4]

أمّا الحنابلة، فقطعوا بأنّ الذّراع قدرٌ، لاوصف. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب البيوع ٥: ٤٧٦ إلى ٤٧٨

(٢) قال الحطّاب رحمه الله تعالى: "وقد اختلف إذا باع الدّار والأرض والخشبة والشّقّة على أنّ فيها كذا وكذا ذراعاً، فقيل: ذلك بمنزلة من باع من ذلك كذا وكذا ذراعاً، فإن وجد أكثر ممّا سمّى، كان البائع شريكاً بالزّيادة، وإن وجد أقلّ فكاستحقاق بعض المشتري. وقيل: إنّ ذلك كالصّفة، فإن وجد أكثر كان للمبتاع، وإن وجد أقلّ كان بمنزلة العيب" (مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٩٩)

(٣) روضة الطّالبين، باب البيوع المنهيّ عنها ٣: ٤٠٩

(٤) المجموع شرح المهذّب ١٢: ٢٤٣

www.besturdubooks.wordpress.com

"إذا قال: بعتُك هذه الأرض، أو هذا الثوبَ على أنّه عشرةُ أذرع، فبان أحدَ عشر، ففيه روايتان: (إحداهما) البيعُ باطل، لأنّه لايمكن إجبارُ البائع على تسليم الزّيادة، وإنّما باع عشرة، ولا المشتري على أخذ البعض، وإنّما اشترى الكُلَّ وعليه ضررٌ في الشّركة أيضًا. (والثّانية)، البيعُ صحيحٌ، والزّيادةُ للبائع، لأنّ ذلك نقصٌ على المشتري، فلا يمنع صحّةَ البيع، كالعيب، ثمّ يُخيَّر البائعُ بين تسليم المبيع زائدًا وبين تسليم العشرة، فإن رَضي بتسليم الجميع، فلا خيارَ للمشتري؛ لأنّه زاده خيرًا، وإن أبى تسليمه زائدًا، فللمشتري الخيارُ بين الفسخ والأخذ بجميع الثّمن المسمّى وقسطِ الزّائد، فإن رَضيَ بالأخذ، أخذ العشرة، والبائعُ شريكٌ له بالذّراع. وهل للبائع خيارُ الفسخ؟ على وجهين: (أحدهما) له الفسخ؛ لأنّ عليه ضررًا في المشاركة. (والثّاني) لا خيارَ له؛ لأنّه رضي ببيع الجميع بهذا الثّمن. فإذا وصل إليه الثّمن مع بقاء جزءٍ له فيه، كان زيادة، فلا يستحقّ بها الفسخ، ولأنّ هذا الضّرر حصل بتغريره وإخباره، بخلاف غيره، فلا ينبغي أن يتسلّط به على فسخ عقد المشتري. فإن بذلها البائعُ للمشتري بثمن، أو طلبها المشتري بثمن، لم يلزم الآخرَ القبولُ؛ لأنّها معاوضةٌ يُعتبر فيها التّراضي منهما. فلا يُجبر واحدٌ منهما عليه. وإن تراضيا على ذلك، جاز.

فإن بان تسعةً، ففيه روايتان؛ (إحداهما) يبطُل البيع؛ لما تقدّم. (والثّانية) البيعُ صحيح، والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثّمن. وقال أصحابُ الشّافعيّ: ليس له إمساكُه إلاّ بكلّ الثّمن، أو الفسخ، بناءً على قولهم: إنّ المعيبَ ليس لمشتريه إلاّ الفسخ أو إمساكُه بكلّ الثّمن. ولنا أنه

www.besturdubooks.wordpress.com

وجد المبيع ناقصاً في القدر، فكان له إمساكه بقسطه من الثمن، كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين، وسنبيّن أن المعيب له إمساكه. وأخذ أرشه، فإن أخذها بقسطها من الثمن، فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ؛ لأنه إنما رضي ببيعها بهذا الثمن كله، وإذا لم يصل إليه كان له الفسخ. فإن بذل له المشتري جميع الثمن، لم يملك الفسخ؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضيه، فأشبه ما لو اشترى معيباً، فرضيه بجميع الثمن."[1]

٣٩٩- حكم الثياب المنسوجة في المصانع الالية

ولكن كون الذراع وصفاً عند الحنفية والمالكية وبعض الشافعية علّلوه بأمرين: الأول: أن التبعيض يضرّ الثوب. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "ألا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة، وهو قدر ما يفصل قباءً أو فرجية، كان بثمن إذا قُسّم على أجزاءه يصيب كلّ ذراع منه مقدار، ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده، لم يساو في الأسواق ذلك المقدار، بل أقلّ منه بكثير. وذلك لأنه لايفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل. فعلمنا أن كلّ جزء منه لم يُعتبر كثوب كامل مفرد."[2]

والعلّة الثانية: أن الثياب تتفاوت جوانبها. وهذه العلّة مفهومةٌ من قول صاحب الهداية: "وقيل في الكرباس الذي لايتفاوتُ جوانبه، لايطيب للمشتري ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون، حيثُ لايضرّه الفصل. وعلى هذا قالوا: يجوز بيعُ ذراعٍ منه."

واستخلص منه العلاّمة جلال الدين الكرلاني (المتوفى سنة ٧٦٧ هـ) في شرح

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٣١

(٢) فتح القدير ٥: ٤٧٨

الهداية ما نصّه: "وما ذُكر أنّ الذّراع وصف، فهو في الثّوب الّذي يتفاوت جوانبُه، وفيما يضرّه التّبعيض، كالقميص، والسّراويل، والعمائم، والأقبية. أمّا إذا اشترى كرباساً لايتفاوتُ جوانبُه على أنّه عشرةُ أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر، لاتسلَم له الزّيادة. وعلى هذا إذا باع ذراعاً من هذا الكرباس، ولم يُعيّن موضعه، يجوز كما إذا باع قفيزاً من الصُّبرة."(١)

وجاء في المحيط البرهاني: "ومن المتأخّرين من قال: ماذكر من الجواب في الكتاب في فصل الثّوب في القميص والسّراويل والعمائم والأقبية. أمّا إذا اشترى كرباساً لايتفاوت جوانبُها على أنّه عشرةُ أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو إحدى عشرة، لايسلم له الزّيادة، لأنّ هذا الكرباسَ في معنى الموزون والمكيل، وإن كان متّصلاً بعضُها ببعض، لكن ليس في الفصل ضرر، فيصيرُ بمنزلة أشياء حقيقة، كالموزون، لمّا كان لايتمكّن فيه العيب بتميز البعض عن البعض، أُعتبر كلُّ قفيز أصلاً، فكذا ههنا."(٢)

ولمّا صار مثلُ هذا الكرباس في حكم الموزون، لم يبقَ الذّرع وصفاً، وإنّما صار قدراً، فينبغي أن يكون لكلّ ذراعٍ حصّةٌ من الثّمن. وعلى هذا القياس إن وجد المشتري الثّوب أقلَّ ممّا سمّى البائع، ينبغي أن يُخيّر بين أن يُمسكه بحصّته من الثّمن، أو يفسخ البيع، كما في الحنطة والشّعير.

وأصبحت الثّيابُ المنسوجة في المصانع الآليّة اليوم لاتتفاوت أجزاؤه أصلاً، وتكون

---

(١) الكفاية شرح الهداية مع فتح القدير ٥: ٤٨٣

(٢) المحيط البرهاني، كتاب البيوع، الفصل السادس ٩: ٣٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

البقعة كلُّها على نسقٍ واحد. ولاشكّ أنّها في حكم الموزونات والمكيلات عند التفاوت بين الأذرع المسمّاة وبين ما وُجد في الواقع.

٤٠٠ـ اختلاف ذرع الأرض عمّا وقع عليه العقد

أمّا في الأرض، فالذّراع فيها وصفٌ على أصل الحنفيّة، فليس له حصّةٌ من الثّمن إن اشتريت الأرضُ جملةً، دون التّصريح بثمنٍ كلّ ذراع، خلافاً للحنابلة كما أسلفنا. أمّا إذا سُمّيَ ثمنُ كلّ ذراع، فلكلّ ذراعٍ حصّةٌ من الثّمن. فإن وجدها المشتري ناقصةً من الأذرع المسمّاة، أو زائدةً عليها، فالحكمُ كما هو في اختلاف القدر.

ولكنّ التّصريح بثمن كلّ ذراع كما يمكن لفظاً، ينبغي أن يُعتبر تقديراً بحكم العرف. وقد جرى العُرف في زماننا على أنّ الأرضَ إنّما تُباع بذكر ثمنٍ لكلّ خطوة أو متر، وقد لايذكُره البائع صراحةً، ولكنّ مقصودَ المتبايعين تقسيمُ الثّمن على الخطوات أو الأمتار. فينبغي في مثل هذه الحالة أن يكون لكلّ خطوةٍ أو مترٍ حصّةٌ من الثمن، إذا تبيّن مقصودُ المتبايعين تقسيمَ الثّمن على الخطوات والأمتار بحكمِ العُرف. فكأنّ البائعَ ذكره تقديراً، وخاصّةً إذا كان التّفاوتُ كبيراً. والله سبحانه أعلم.

٤٠١ـ البيع بالنّموذج

وكثيراً مّا يقع البيعُ على أساس نموذجٍ يُريه البائعُ للمشتري. وفي مثل هذا البيع مسائل:

الأولى: هل يصحُّ البيعُ بإراءة النّموذج؟

الثّانية: هل يُسقِطُ رؤية النّموذج خيار الرؤية؟

الثّالثة: ما هو الحكم إن وجد المبيع خلاف النّموذج؟

www.besturdubooks.wordpress.com

الرّابعة: إن وقع الخلافُ بين المتعاقدين في كون المبيع موافقاً أو مخالفاً للنّموذج، فكيف يُحسم الخلاف؟

أمّا المسئلة الأولى، فمذهبُ الحنابلة أنّه لايصحّ البيعُ بالنّموذج. قال البهوتيّ رحمه الله تعالى: "(ولايصحّ بيع الأنموذج)..(بأن يُريه صاعاً) مثلاً من صُبرة (ويبيعه الصُّبرة على أنّها من جنسه) فلا يصحّ لعدم رؤية المبيع وقت العقد."(١) وهذا مبنيٌّ على قولهم في عدم جواز بيع الشّيئ الغائب. وحاصلُ قولهم أنّه لايصحّ البيعُ عند رؤية النموذج فقط، وإنّما يصحّ عند رؤية الباقي.

وإنّ الشّافعيّة وإن كانوا لا يرَون بيعَ الشّيئ الغائب، ويشترطون الرّؤية لصحّة البيع، ولكنّهم يعتبرون رؤيةَ "الأنموذجِ المتماثلِ" كافياً لصحّة البيع. وفسّر المحليّ رحمه الله تعالى "الأنموذج المتماثل" بقوله: "أي المتساوي الأجزاء، كالحبوب، فإنّ رؤيته تكفي عن رؤية باقي المبيع، فلا بدّ من إدخاله في البيع."(٢)

فاشترط الشّافعيّة لصحّة البيع بالنّموذج أن يكون المبيعُ متساويَ الأجزاء، وأن يكون النّموذجُ جزءاً من المبيع، وداخلاً في البيع. وعلى هذا لايجوز البيع بالنّموذج عندهم في العدديّات، كما أنّه لايجوز إذا لم يدخُل النّموذجُ في البيع.

أمّا الحنفيّة، فيجوز عندهم البيع بالنّموذج في جنسٍ واحد كما سيأتي، والظّاهر أنّ مذهب المالكيّة مثله. قال الحطّاب رحمه الله تعالى عن البرزلي: "شراءُ ما في الظّرف إذا رآه

(١) كشاف القناع ٣: ١٥٢ شروط البيع، الشرط السادس
(٢) شرح المحلي على منهاج النووي، مع قليوبي وعميرة ٢: ١٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

المتعاقدان أو رأيا أنموذجه، وكان الظَّرف متناسب الأجزاء في الرقة والثخانة جائز."[1]

أمّا المسئلة الثّانية: فقد قال الحنفيّة إنّ المبيع إن كان من المكيلات، أو الموزونات، أو العدديات المتقاربة، يكفي رؤيةُ النّموذج لإسقاط خيار الرّؤية فيه.[2] وإن كان من العدديا ت المتفاوتة، بحيثُ تختلفُ آحادها، فإنّ رؤيةَ النّموذج لا تكفي لإسقاطِ خيار الرّؤية. والعادةُ أنّ العدديات المتفاوتة لا تُباع بالنّموذج. ولذلك أطلقت مجلّةُ الأحكام العدليّة الحكم في كلّ ما يُباع بالنّموذج، ولم تُقيّده بالمكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة. جاء في المادة ٣٢٤ من المجلّة:

"الأشياءُ الّتي تُباع على مقتضى أنموذجها، يكفي رؤيةُ الأنموذج منها فقط."

ومعنى كون رؤية النّموذج كافياً أنّه يُسقِط خيارَ الرؤية في الباقي، فلا يثبت للمشترى الخيارُ في الباقي لمجرّد أنّه لم يَره. أمّا إذا وجد الباقيَ خلاف النّموذج، فالخيارُ الثّابتُ له ليس خيارَ الرؤية، بل هو خيار العيب أو خيار فوات الوصف، كما سيأتي.

أمّا المسئلةُ الثّالثة: فإنّ المشتريَ إذا وجد المبيعَ خلافَ النّموذج، فإنّه يثبت له الخيار، إن شاء قَبِله، وإن شاء ردّه وفسخ البيع. فإن كانت المخالفةُ إلى حدّ أن يكون المبيعُ معيباً، فإنّ هذا الخيارَ خيارُ العيب. أمّا إذا لم تكن المخالفةُ وصلت إلى حدّ العيب، فالمذكورُ عند الفقهاء الحنفيّة أنّ الخيارَ حينئذٍ خيارُ رؤية.[3] ومقتضى ذلك أن لا يجريَ فيه الإرث على قول الحنفيّة.

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب، ٤: ٢٨٧

(٢) ردالمحتار، باب خيار الرؤية ١٤: ٣٦٠ فقره ٢٢٨٥١

(٣) فتح القدير ٥: ٥٣٨ وردالمحتار ١٤: ٣٥٦ و٣٥٧ فقره ٢٢٨٤٦

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ الّذي يظهر لي، والله سبحانه أعلم، أنّ الخيار في هذه الصّورة ليس خيار الرّؤية، فإنّه قد سقط برؤية النّموذج، ولكنّه خيارُ فوات الوصف. فإنّ من يشتري شيئاً على أساس نموذج، فإنّه يقبل البيع على أن يكون المبيعُ مثلَه في الوصف. وإراءةُ النّموذج من قِبل البائع بمنزلة شرط وصفٍ في البيع، فإن وُجد المبيعُ مخالفاً له، فإنّ للمشتري خيار الفسخ لفوات الوصف المشروط.

وإنّ ابن الهمام رحمه الله تعالى ذكر عن "الكافي" تعليل هذا الخيار بقوله: "إذا كان أردأ له الخيار، لأنّه إنّما رضي بالصّفة الّتي رآها، لابغيرها" وهذه العبارةُ شبهُ صريحةٍ في أنّ الخيار ههنا لفوات الوصف الّذي رآه في النّموذج. ولكن حمله ابنُ الهمام رحمه الله تعالى على خيار الرؤية، مع أنّهم اتّفقوا على أنّ خيار الرؤية يسقط برؤية النّموذج. فلو قلنا إنّ الخيار الّذي يثبت للمشتري عند مخالفة النموذج هو خيارُ الرّؤية، فإنّه يستلزم أن يعودَ خيارُ الرّؤية بعد سُقوطه، أو أن يكون سقوطُه برؤية النّموذج معلّقاً على عدم مخالفة الباقي للنّموذج. وحينئذ، لايبقى لسقوط الخيار معنىً. ولعلّ صاحب "النّهر" اعترض على سقوط خيار الرؤية من أجل ذلك، فقال: "وعندي أنّ ما في الكافي هو التّحقيق. وذلك أنّ هذه الرؤية إن لم تكن كافيةً، فما الّذي أسقط خيار رؤيته، حتّى انتقل إلى خيار العيب؟ فتدبّره."[1]

أمّا إذا قلنا إنّ الخيار الثّابت في هذه الصّورة هو خيارُ فوات الوصف، فلا إشكال في ذلك أصلاً. وحينئذٍ ينبغي أن يورث، كما يورث خيارُ العيب.

وإنّ قانون بيع المال المبنيّ على القانون الإنكليزيّ في المادّة ١٧ أعطى خيار الرد إن

(١) النهر الفائق، باب خيار الرؤية ٣: ٣٨٣

لم يكن المبيعُ موافقاً للنّموذج، ولكن قيّده بأن يكون أغلبُ آحاد ما سلّمه البائعُ مخالفاً له. ومفهومه أنّه لو كان أغلبُ الآحاد موافقةً للنّموذج، وقليلٌ منها مخالفٌ له، فليس هناك خيارُ الردّ. وينبغي أن يُقيّد ذلك بأنّ القليل المخالف ليس له أثرٌ ملموس على كون المجموع مقبولاً.

أمّا المسئلة الرابعة، فهيَ اختلافُ المتعاقدَين في كون المبيع موافقاً للنّموذج. فإذا وقع الخلافُ بينهما، فقال المشتري: هو خلافُ النّموذج، وقال البائع: هو موافقٌ له، والنّموذج موجود، فقد ذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّه يُعرَض على مَن له خبرةٌ بذلك، ليتّضح الحال. وإنّ أصحابَ الخبرة في التّجارات الكبيرة مُيسّرون لرفع الخلاف.

أمّا إذا كان النّموذجُ هلك عند اختلافهما، فالمذكورُ في كتب الحنفيّة أنّ القولَ قولُ البائع، بمعنى أنّ البيّنةَ على المشتري، واليمين على البائع. ولكن فرّق ابنُ عابدين رحمه الله تعالى بين ما إذا كان المبيع حاضراً عند العقد، مستوراً في كيس أو غيره، حيثُ يكونُ القولُ للبائع، وبين ما كان المبيعُ غائباً، حيثُ يكونُ القولُ للمشتري، لأنّه يُنكرُ أنّ ما جاء به البائعُ هو المبيع، و البائعُ يدّعي أنّه هو المبيع، بخلاف ما إذا كان المبيعُ حاضراً عند العقد، فإنّهما متّفقان على أنّه هو المبيع، ثمّ يدّعي المشتري أنّه مخالفٌ للنّموذج، والبائعُ ينكره، فالبيّنةُ على المشتري، واليمينُ على البائع.[1]

وإنّ العلاّمة خالد الأتاسيّ نازع ابنَ عابدين رحمهما الله تعالى في كون القولِ للمشتري عند كون المبيع غائباً بما لا يرجعُ إلى كثيرِ طائل. والله سبحانه أعلم.

---

(١) هذا ملخص ما في ردّالمحتار ١٤: ٣٥٨ فقرة ٢٢٨٤٦

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٠٢- خيار المغبون

المغبونُ مَن اشترى شيئاً بثمنٍ زائد فوقَ العادة، مثل أن يشتري ما قيمتُه مائةٌ بخمسمائة، أو باع شيئاً بأقلَّ من قيمته السّوقيّة خلافَ العادة، مثلَ أن يبيعَ ما قيمتُه خمسُمائة بمائة. فإن كان المغبونُ عارفاً بأحوال السّوق، ودخل في العقد بمُساومةٍ ومماكسة، فلا خلافَ أنّ البيعَ نافذ، وليس له خيارُ الفسخ.

أمّا إن كان غيرَ عارفٍ بأحوال السّوق، وكان مسترسلاً، فله الخيارُ عند المالكيّة والحنابلة. والمسترسلُ عندهم هو الجاهلُ بقيمة السّلعة، والّذي لايُحسن المبايعة. وقال أحمد رحمه الله تعالى: "المسترسِل: الّذي لايُحسِن أن يُماكس، فكأنّه استرسل إلى البائع، فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفةٍ بغبنه."[1] وقد سمّاه بعضُ المالكيّة "مستسلماً" وفسّره الدّردير بقوله: "بأن يقول المشتري للبائع: بعني كما تبيعُ للنّاس، فإنّي لاأعلمُ القيمة. أو يقولَ البائع: اشترِ منّي كما تشتري من غيري، أو غير ذلك." وكذلك سمّاه خليل رحمه الله تعالى "مُستأمناً" وفسّره الدّردير بقوله: "بأن يقولَ أحدهما للآخر: ماقيمتُه لأشتريَ بها؟ أو لأبيعَ بها؟ فيقول له: قيمتُه كذا، والحالُ أنّه ليس كذلك." ثمّ قال الدّردير رحمه الله تعالى: "فهو تنويعٌ ظاهريٌ، والمؤدّى واحد."

وحاصلُ التّفسيرين أنّ العاقدَ يعتمد على قولِ الآخر في القيمة بعد بيان جهله لها، والآخرُ إمّا يُبيّن له القيمةَ بصراحة، أو بفعله، وهي خلافُ الواقع. وإنّ مختصرَ خليل أظهر التّردّد في إثبات الخيار في هذه الحالة أيضاً، ولكن ذكر الدّردير رحمه الله تعالى أنّ إثباتَ الخيار هو المعتمد.[2]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٩١ و ٩٢

(٢) راجع حاشية الدّسوقيّ على شرح الدّردير لمختصر خليل ٣: ١٤٠ و ١٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

والظّاهرُ من عبارات المالكيّة أنّ الخيار إنّما يثبت للمسترسل إن كان هناك تغريرٌ من قِبل الفريق الآخر في بيان القيمة.[1] أمّا الحنابلة، فالظّاهرُ من عباراتهم أنّه لايشترط لثبوت الخيار أن يكون الغابنُ خدع الآخرَ في بيان القيمة، بل يكفي أن يكون المغبونُ مسترسلاً، يعني جاهلاً بالقيمة، غيرَ مماكس.[2]

ولاتحديدَ للغبن المُثبت للخيار في المنصوص عن الإمام أحمد، و فسّره بعضُ الحنابلة بما لايتغابن فيه النّاسُ عادةً، لأنّ المرجعَ في غير المنصوص في مثل هذه المسائل إلى العُرف. وحدّه أبوبكر وابن أبي موسى من الحنابلة بثلث القيمة،[3] وهو قول البغداديّين من المالكيّة.[4] فإذا غُبن المسترسلُ بثُلُث القيمة بأن اشترى سلعةً باثنتي عشرة روبية مثلاً، وكانت قيمتها المثليّة ثمانيةً، فله الخيار.

أمّا الحنفيّة والشّافعيّة، فإنّهم في أصل مذهبهم لايعترفون بخيار المغبون، بل البيعُ عندهم نافذ، مادام المتعاقدان يتوافر فيهما شروطُ أهليّة العقد.

واستدلّ بعضُ من قال بخيار المغبون بحديث حبّان بن منقذ رضي الله تعالى عنه، وكان يُخدع في البيوع، حيث قال له رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "إذا بايعت

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٤٦٨ إلى ٤٧١

(٢) قال البهوتي في تفسير المسترسل: "والمراد هنا الجاهل بالقيمة من بائع ومشتر، ولايحسن يماكس، فله الخيار إذا غُبن الغبن المذكور، أي الذي يخرج عن العادة، لأنه حصل لجهله الغبن." (كشاف القناع ٣: ٢٠٠)

(٣) المغني ٤: ٩٣

(٤) الدسوقي ٣: ١٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

فقل: لاخلابة."(۱) وزاد في رواية ابن ماجه وغيره: "ثمّ أنت في كلّ سلعةٍ ابتعتَها بالخيار ثلاث ليال."(۲) ولكنّ الظاهر أنّ الخيارَ في قصّته كانَ خيارَ الشّرط، ولذلك قيّده رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بثلاثة أيّام، وإنّ خيارَ المغبون عند القائلين به لايتقيّد بثلاثة أيّام، بل يمتدّ إلى سنة. قال ابن عاصم في متن التّحفة:

ومن بغبنٍ في مبيعٍ قاما

فشرطه أن لايجوزَ العاما(۳)

ولذلك رجّح الأبّيّ المالكيّ رحمه الله تعالى أنّ الخيارَ في حديث حبّان بن منقذ رضي الله تعالى عنه خيارُ الشّرط، لاخيارُ المغبون.(٤)

ولكنّ أقوى ما يُستدلّ به على خيار المغبون حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه:

"إنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: لاتلقّوا الجَلَب، فمن تلقّاه فاشترى منه، فإذا أتى سيّده السُّوق فهو بالخيار."(۵)

ومعنى الحديث أنّ البدويّين كانوا يأتون بالسّلع من البوادي، فيخرج بعض أهل

---

(۱) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب مايكره من الخداع في البيع حديث ۲۱۱۷

(۲) ابن ماجه، حديث ۲۳۵۵ والحميدي ۲: ۲۹۲ و۲۹۳ حديث ٦٦۲ والبخاريّ في التاريخ الكبير ۸: ۱۷ و۱۸ رقم ۱۹۹۰ والدارقطني في سننه ۳: ٥٦

(۳) الدسوقي ۳: ۱٤۰

(٤) إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم للأبي ٤: ۱۹۹

(۵) صحيح مسلم، باب تحريم تلقي الجلب، حديث ۳۷۹۸

www.besturdubooks.wordpress.com

البلد إليهم قبلَ أن يصلوا إلى السّوق ويعرفوا قيمة تلك السّلع، ليشتروا منهم برُخص. فنهاهم النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم عن ذلك. ثمّ ذكر صلّى الله عليه وسلّم أنّ مَن خالفَ هذا النّهيَ واشترى منهم متاعاً قبل وصولهم إلى السّوق، ثمّ جاء صاحبُ المتاع إلى السّوق، وعرّف السّعر، فله الخيار في الاسترداد. وقيّد الحنابلةُ حقَّ الاسترداد بما إذا علم صاحبُ المتاع أنّه غُبن في البيع الّذي باعه قبل الوصول إلى السّوق.[1]

وافق الشّافعيّةُ الحنابلةَ من أجل هذا الحديث في هذه الجزئيّة بخصوصها، مع أنّهم لايقولون بخيار المغبون. وأمّا الحنفيّة، فمشَوا على أصلهم في نفي خيار المغبون، فلم يُثبتوا الخيارَ في هذه الجزئيّة أيضاً، إلاّ أن يكون هناك تغريرٌ من المشتري، بأن يكذبَ في بيان قيمة السّلعة، فيكون للبائع الخيار على قول المتأخرين من الحنفيّة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

واختلفت الرّواياتُ في هذا عن مالك، فرُوي عنه مايُوافق الشّافعيّة والحنبلة، ورُوي عنه ما يُوافق أبا حنيفة (رحمهم الله تعالى أجمعين). والمشهورُ من مذهبه أنّ بيعَ المتلقي يُفسخ، ثمّ تُدفع السّلعةُ لأهل السّوق بالثّمن الّذي اشتراه المتلقي، ويكونُ مَن اختار من أهل السّوق شراءَها شريكاً فيها. فإن لم يُريدوه، رُدّت لمبتاعها الأوّل.[2]

والحديثُ المذكور صريحٌ في إعطاءِ الخيار للبائع المغبون. واعتذر عنه الحنفيّةُ بتأويلاتٍ مختلفة ذكرتُها في "تكملة فتح الملهم"، ولكنّها غيرُ سائغة بالنّظر إلى

---

(١) المغني ٤: ٢٨١ و ٢٨٢

(٢) شرح الأُبّي لصحيح مسلم ٤: ١٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

صراحة الحديث. ومن أجل هذا خالف ابنُ الهمام رحمه الله تعالى قولَ عامّة الحنفيّة وقال: "فيجب أن يكون غيرَ منعقد، لعدم الرّضا به كقول مالك، أو منعقداً ويثبت له خيارُ الفسخ، كقول الشّافعيّ."(١)

ثمّ ما ذكرنا من مذهب الحنفيّة في نفي خيار المغبون هو أصلُ المذهب، ولكن أفتى كثيرٌ من المتأخرين بإثبات الخيار للمغبون المغرور، كما ذكره ابن نُجيم تحت قاعدة "المشقّة تجلب التّيسير" قال رحمه الله تعالى: "ومن ذلك أفتى المتأخّرون بالرّدّ لخيار الغبن الفاحش، إمّا مطلقاً، أو إذا كان فيه غُرورٌ، رحمةً على المشتري." وحكى الحمويّ رحمه الله تعالى تفسيرَه عن الزّيلعيّ: "قال البائع للمشتري: قيمتُه كذا فاشتراه، فظهر أقلّ، فله الرّدّ لحُكم أنّه غرّه، وإن لم يقُل ذلك فلا، وبه أفتى الصّدر الشّهيد."(٢)

ثمّ إنّ فتوى المتأخرين من الحنفيّة على خلاف ظاهر الرّواية يُمكن أن تكون مبنيّةً على اختيار مذهب المالكيّة في صورة الغُرور خاصّةً. ويُمكن أن يكون على سبيل تأويل ظاهر الرّواية على أنّ نفيَ الخيار فيها مقيّدٌ بعدم التّغرير، وبهذا قال السّمرقنديّ رحمه الله تعالى في تُحفة الفقهاء: "إنّ أصحابنا يقولون في المغبون إنّه لا يردّ، لكنّ هذا في مغبون لم يُغرّ. أمّا في مغبون غُرّ، يكونُ له حقّ الرّدّ استدلالاً بمسألة المرابحة." ذكره ابنُ عابدين رحمه الله تعالى ثمّ قال: "أي بمسألة ما إذا خان في المرابحة، فإنّ ذلك تغريرٌ يثبت به الرّدّ."

ورجّح ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّه ليس هناك خلافٌ بين ظاهر الرّواية وبين ما

---

(١) فتح القدير، في بداية فصل فيما يكره ٦: ١٠٦

(٢) شرح الأشباه والنّظائر للحموي ١: ٢٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

أفتى به المتأخرون، فإنّ ظاهرَ الرّواية يتعلّق بالغَبْن الّذي ليس فيه غرور، وفتوى المتأخرين متعلّقةٌ بما فيه غرور."[1]

وعلى هذا، فالموجبُ للخيار عند المتأخرين من الحنفيّة إذا اجتمع الغبنُ مع التّغرير. والغبنُ الّذي يثبت به خيارُ الرّدّ عندهم هو الغبنُ الفاحش، وهو مالا يدخُل تحت تقويم المقوّمين. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "هو الصّحيح كما في البحر. وذلك كما لو وقع البيعُ بعشرة مثلاً، ثمّ إنّ بعض المقوّمين يقول: إنّه يُساوي خمسة، وبعضُهم ستّة، وبعضهم سبعة، فهذا غبنٌ فاحش، لأنّه لم يدخل تحت تقويم أحد، بخلاف ما إذا قال بعضهم: ثمانية، وبعضهم تسعة، وبعضهم عشرة، فهذا غبنٌ يسير." والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٠٣ - خيار التّغرير

قدّمنا في مبحث رضا المتعاقدين الفرقَ بين التّغرير والتّدليس، أنّ التّغرير هو أن يغرّ البائعُ المشتري بالقول، والتّدليس أن يُلبّس عليه الأمر بفعل من الأفعال.

فأمّا التّغرير بالقول، فقد عتبره الحنفيّةُ في موضعين: الأوّل: إن كذب البائعُ في المرابحة في بيان تكلفة المبيع، مثل أن يقول: اشتريتُه بمائة، فظهر أنّه اشتراه بتسعين، وقد مرّ حكمُه في باب المرابحة.

والموضعُ الثّاني: أن يكون قد غرّ المشتريَ في بيان قيمة المبيع في السّوق، وغُبن به

---

(١) راجع ردّالمحتار، باب المرابحة والتّولية، ٥: ١٣٦ و١٣٧ ولابن عابدين رحمه الله تعالى في هذا الموضوع رسالةٌ مستقلّة باسم "تحبير التّحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير" مطبوعة في رسائل ابن عابدين ٢: ٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

المشتري غبناً فاحشاً، وقد ذكرنا حكمه في خيار المغبون. أمّا إذا غرّه ببيان صفة مرغوبة، ولم يوجد المبيعُ بتلك الصّفة، فإنّ ذلك يدخل في خيار فوات الوصف.

أمّا المالكيّة، فمن صُور التّغرير عندهم النّجش إن كان يعلمه البائع، فيثبتُ للمشتري الخيار، ولم يشترطوا لثبوت الخيارأن يؤديَ النّجش إلى غبن فاحش. بل اشترط بعضُهم أن يسبّب النّجشُ الزّيادةَ على قيمة المبيع السّوقيّة، ولم يشترط بعضُهم ذلك، بل أثبتوا الخيار بسبب النّجش مطلقاً.[1] واشترط الحنابلة لثبوت الخيار أن يكون المشتري غُبن بسببه بما لايتغابن فيه النّاسُ عادةً. سواءٌ أكان بمواطأة من البائع أم بغيره.[2] وقيّد الشّافعيّةُ خيارَ المشتري بأن يكون النّجشُ بمواطأة من البائع، واغترّ به المشتري، ولم يذكروا اشتراط الغبن.[3]

أمّا إذا كذب البائعُ في بيان تكلفته في بيوع المساومة، فإنّه غيرُ موجبٍ للرّد عند الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة. وانفرد الحنابلةُ بإثبات الخيار في المساومة أيضاً، حيثُ قالوا: "لوقال البائع: أعطيتُ بهذه السّلعة كذا وكذا، فصدّقه المشتري، واشتراها بذلك، ثمّ بان كاذباً، فالبيعُ صحيح، وللمشتري الخيار. قال ابنُ قدامة: "لأنّه في معنى النّجش."[4] وهو وجهٌ عند الشّافعيّة أيضاً.[5]

والظّاهر في غير هذه الصُّور أنّ خيارَ التّغرير يرجع إمّا إلى خيار العيب، أو إلى خيار فوات الوصف، أو إلى خيار المغبون. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) الدّسوقي ٣: ٦٨

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٨

(٣) روضة الطالبين للنّووي، كتاب البيع ٣: ٨١و٨٢

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٨

(٥) روضة الطالبين للنّووي، كتاب البيع ٣: ٨١و٨٢

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٠٤ - خيار التّدليس وفيه مسئلة المصرّاة

التّدليس عند الفقهاء يُطلَق على معنيين: الأوّل: كتمانُ العيب الموجود في المبيع. والخيارُ الّذي يحصل للمشتري بهذا النّوع من التّدليس هو عينُ خيار العيب، فتجري عليه أحكامه. والمعنى الثّاني للتّدليس هو أن يفعل البائعُ فعلاً في المبيع يظهر منه جودةُ المبيع وكماله في الصّفات. وإن لم يكن ادّعى ذلك الكمالَ صراحةً. ثمّ يظهر أنّ الصّفة المدلَّسة ليست موجودةً في المبيع. وإنّ فقدانَ تلك الصّفة إن بلغ إلى حدٍّ يُعتبر عيباً في المبيع، جرت عليه أحكام خيار العيب. ولكن إن لم يكن بلغ إلى حدّ العيب المعتبر، ففيه خلافٌ للفقهاء.

والأصل في ذلك حديثُ المصرّاة. وهو مارواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"لاتُصرّوا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النّظرين بعد أن يحلُبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها، ردّها وصاعاً من تمر."(١)

والتّصرية أن تُترك الشّاة غير محلوبةٍ أيّاماً حتّى يجتمع اللبن في ضروعها، فيراها النّاظر منتفخةَ الضُّروع، فيرغب المشتري في شراءها، زعماً منه أنّ الشّاة كثيرةُ اللّبن، مع أنّها ليست كذلك. وهو التّدليس.

وعملاً بظاهر حديث المصرّاة ذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة والإمام أبويوسف رحمهم الله تعالى إلى أنّ للمشتري خيارَ فسخ البيع. أمّا اللّبنُ الّذي حلبه المشتري واستهلكه، فاختلفوا في معالجته.

---

(١) هذا لفظ البخاري في صحيحه، باب النّهي للبائع أن لايحفّل الإبل والبقر والغنم حديث ٢١٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

والمذهب الأول فيه أنّ المشتري يردّ صاعاً من تمر عوضاً عمّا حلبه، وبما أنّه منصوصٌ في الحديث، فإنّه يُعتبر بدلاً عن اللّبن في جميع الأحوال. وهو قولُ الشّافعيّة والحنابلة والليث وإسحق وأبي عبيد وأبي ثور وداود. وهو روايةٌ عن الإمام مالك أيضاً.

والمذهب الثّاني: أنّ صاعاً من تمر إنّما ذُكر في الحديث لأنّه كان غالبَ قُوت البلد، فالواجب صاعٌ من غالب قُوت البلد، أي قُوت محلّ المُصرّاة. وهو قول مالك وبعض الشّافعيّة.

والمذهب الثّالث: أنّ اللازم ردُّ قيمة اللّبن، لأنّ المقصود في الأصل قيمةُ اللبن، ولمّا كانت قيمةُ اللبن يومئذٍ تُساوي في الغالب صاعاً من تمر، عيّنه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كإمام المسلمين، لا كشارع. فلمّا تغيّرت القيَم، عاد الحكمُ إلى أصله، وهو القيمة. وبه قال أبو يوسف، وحُكيَ ذلك عن ابن أبي ليلى.[1]

أمّا الإمام أبو حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى، فليس عندهم خيارُ الرّدّ للمشتري، جرياً على أصلهم أنّ الزّيادة المنفصلة المتولّدة تمنع الرّدّ، كما فصّلناه في خيار العيب، ولكن يحقّ له ضمانُ النّقصان،[2] وتأوّلا في الحديث بعدّة تأويلاتٍ ذكرتُها في شرح صحيح مسلم، ومنها أنّ حديثَ المُصرّاة معارضٌ لحديث "الخراجُ بالضّمان". وذكرتُ هناك أنّ قول الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى أعدلُ الأقوال.

---

(١) بيان المذاهب كلّه مأخوذ من المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٤

(٢) ردّالمحتار، باب خيار العيب ١٤: ٥١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى كلٍّ، فإنّ خيارَ التّدليس عند الحنفيّة يُغني عنه خيارُ العيب، أو خيارُ فوات الوصف، أو خيارُ المغبون. ومثالُ الأخير أن يكون المبيعُ له درجاتٌ مختلفةٌ في الجودة، ولكلِّ درجةٍ قسمٌ في مخزنه، فوضع الأدنى في قسم الأعلى، واشتراه المشتري زعماً منه أنّه أعلى وأنفس، فظهر بخلافه، فإنّ المشتريَ له الرّدّ، لأنّ التّدليسَ هنا مصحوبٌ بالغبن. وفي معظم الحالات الّتي ذكر فيها المالكيّة وغيرُهم خيارَ التّدليس يتأتّى فيه إمّا خيارُ العيب، أو خيارُ فوات الوصف، أو خيارُ المغبون.

٤٠٥- خيارُ الشّرط

أمّا خيارُ الشّرط، فهو خيارٌ يشترطُه أحدُ المتبايعين أو كلاهما لإمضاء البيع أو فسخه،[١] بمعنى أنّ المتعاقدين يعقدان البيع بشرط أنّه يحقّ لأحدهما أو كليهما أن يفسخ البيع خلالَ مدّة معلومة. و هو من الخيارات الّتي لا تثبت إلاّ بالاشتراط صراحةً. وقد يُسمّى "خيارَ التروّي" أيضاً.

وإنّ مشروعيّةَ خيار الشّرط كلمةُ إجماع بين الفقهاء، قال ابنُ قدامة في المغني: "ولا خلافَ بين أهل العلم في ثبوت الرّدّ بهذين الأمرين (يعني بالعيب أو بشرط الخيار)[٢]." غير أنّ ابن رشد قد حكى في بداية المجتهد[٣] عن الثّوريّ وابن شبرُمة وبعض أهل الظّاهر أنّهم لا يقولون بخيار الشّرط، كأنّهم رأوا شرطَ الخيار شرطاً مفسداً للعقد، ولم تبلغهم أحاديث الخيار.

---

(١) ليراجع ردّ المحتار، باب خيار الشرط ١٤: ٢٥٤ فقره ٢٢٦٠٠

(٢) المغني ٤: ٧١ و ٧٢

(٣) بداية المجتهد ٢: ٢٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وأصلُ هذا الخيار ثابتٌ في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "المتبايعان كلُّ واحدٍ منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا، إلّا بيعَ الخيار." [1] أخرجه الإمام البخاريّ في صحيحه. فإنّ "بيع الخيار" هو البيع مع خيار الشّرط.[2]

وكذلك يدلّ عليه حديث حبّان بن منقذ رضي الله تعالى عنه الّذي ذكرناه في مبحث خيار المغبون. وأخرجه الحاكم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "كان حبّان بن منقذ رجلاً ضعيفاً، وكان قد سُفع في رأسه مأمومة، فجعل له رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم الخيار فيما اشترى ثلاثاً. وكان قد ثقُل لسانه، فقال له رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: "بِعْ وقُل: لا خلابة" فكنت أسمعه يقول: لا خذابة، لا خذابة، وكان يشتري الشّيء ويجيء به أهله، فيقولون: هذا غالٍ، فيقول: إنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قد خيّرني في بيعي."[3]

والرّاجح أنّ الخيارَ الّذي جعله النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم لحبّان بن منقذ رضي الله عنه هو خيارُ الشّرط دون خيار المغبون المسترسل كما مرّ في مبحث خيار المغبون، وأنّ المراد من قوله "لا خلابة" أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أمره بأن يشترط الخيار لنفسه بهذا اللّفظ.

وكما يجوز الخيارُ في مبيع بعينه، يجوزُ في حصّةٍ مشاعةٍ من شيءٍ واحد أيضاً. قال

(١) صحيح البخاري، باب "البيعان بالخيار ما لم يتفرّقا" حديث ٢١١١

(٢) الفواكه الدّواني، كتاب البيوع ٨٣:٢، وليراجع فتح الباري ٤: ٣٣٣ لاختلاف العلماء في شرح لفظ "بيع الخيار"

(٣) المستدرك للحاكم، كتاب البيوع حديث ٢٢٠١، وعلّق الذّهبيّ عليه: "صحيح".

www.besturdubooks.wordpress.com

الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ولو اشترى ثوباً واحداً، أودابّةً واحدةً بثمن معلوم، على أنّ المشتريَ أوالبائعَ بالخيار في نصفه، ونصفُه باتٌّ جاز البيع، لأنّ النصفَ معلوم، وثمنُه معلومٌ أيضاً."[1]

ذكره الكاسانيّ رحمه الله تعالى في سياق خيار التّعيين، والظّاهر أنّه من قبيل خيار الشّرط، لاخيار التّعيين.

٤٠٦- مدّة خيار الشّرط

ثمّ اختلف الجمهور في مدّة الخيار، والمذاهبُ المعروفة فيها ثلاثة:

الأوّل: أنّه يتقيّد بثلاثة أيّام ، فلا يجوز الخيارُ إلى ما فوقها، وهو مذهب أبي حنيفة والشّافعيّ وزفر، رحمهم الله تعالى كما في الهداية.[2]

والثّاني: أنّه لا يتقيّد بمدّة، ويجوز ما اتّفقا عليه من المدّة، قلّت أو كثُرت، ما دامت المدّةُ معلومة، حتّىٰ أنّهم ذكروا في أمثلة مدّة الخيار سنةً.[3] وهو مذهب أحمد وابن المنذر، وأبي يوسف ومحمّد، وحُكي ذلك عن الحسن بن صالح والعنبريّ وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور رحمهم الله تعالى، كما في المغني لابن قدامة.[4]

والثّالث: مذهب مالك رحمه الله، وهو أنّ مدّةَ الخيار تختلف باختلاف المبيعات

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٧

(٢) الهداية مع فتح القدير ٥: ٤٩٩

(٣) "يصحّ شرط المتبايعين متفاوتاً بأن شرط لأحدهما شهراً، وللآخر سنة." (شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢: ١٧٠)

(٤) المغني ٣: ٥٨٥

www.besturdubooks.wordpress.com

على قدْرِ حاجة التّروي فيها، فهي في الدّار والعقار ستّةٌ وثلاثون يوماً، وفي الرَّقيق عشرة، وفي العروض خمسة أيّام، وفي الدّوابّ يومان، كما في شرح الدّردير وحاشيته للصّاوي.[١]

وقد يُستدلّ على المذهب الأوّل، وهو التقييد بثلاثة أيام، بأحاديث في إسنادها ضعفٌ فصّلتُه في تكملة فتح الملهم. وكذلك يُستدلّ على ذلك بحديث حبّان بن منقذ رضي الله تعالى عنه، حيثُ جعل له رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم الخيارَ لثلاثة أيّام فقط. وبما أنّ مشروعيّة الخيار مخالفٌ للقياس، فينبغي أن يقتصر على ما جاء في النّصّ.

أمّا الّذين يجوّزون الخيارَ لما فوق ثلاثة أيّام، فإنّ هذا الخيارَ عندهم منبثقٌ من مبدأ التّراضي، فليس مخالفاً للقياس، بل هو معلولٌ بالحاجة إلى التّروي، وقد يُحتاج في التّروي إلى أكثر من ثلاثة أيّام، ولاسيّما في المبيعات الغالية. وذكر السّرخسيّ رحمه الله تعالى عن عُمر رضي الله تعالى عنه أنّه أجاز الخيارَ لرجل في ناقةٍ شهرين.[٢] ونظراً إلى علّة مشروعيّة الخيار، وإلى أنّه لم يرد نصٌّ صحيحٌ في نفيه بعد ثلاثة أيّام، فالرّاجحُ أنّ الخيارَ يجوز لما فوق ثلاثة أيام، ويُمكن أن تختلف المدّة من مبيع إلى مبيع آخر. ولكن ينبغي أن لا تكون المدّةُ تتضمّن تركَ العقد متردّداً إلى أمدٍ بعيد لا يُحتاج إليه للتّروي في مثل تلك المبيعات.

---

(١) شرح الدّردير وحاشيته ٣: ١٣٥ - ١٣٧

(٢) المبسوط للسّرخسي ١٣: ٤١ ولم أجده في كتب الحديث. وقد ذكر صاحب الهداية عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّه أجاز الخيار إلى شهرين، ولكن قال الزّيلعيّ رحمه الله تعالى: "غريب جدّاً" (نصب الراية ٤: ١٦) وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "فلا يُعرف في شيئٍ من كتب الحديث والآثار.

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٠٧- خيارُ الرّدّ في القانون الوضعيّ الإنكليزيّ

وإنّ الحكم المماثل لشرط الخيار في القانون الإنكليزيّ هو ما يُسمّى "تسليم المبيع بخيار المشترى أن يشتريَ أو يردّ" (Delivery on Sale or Return) والمنصوصُ في "قانون بيع المال" أنّ هذا الخيارَ لا ينقُل المِلكَ إلى المشترى، بل تكون البضاعةُ المبيعةُ عنده أمانة، فإن هلك بدون تعدٍّ منه، هلك من مال البائع. ولا ينتقل المِلكُ إلى المشترى إلاّ بأن يقبلَ البيعَ صراحةً، أو دلالةً بفعلٍ يدلّ على رضاه بالبيع، أو بمُضيّ مدّة الخيار المنصوصة في العقد بدون رفض البيع. وإن لم تكن مدّةُ الخيار مذكورةً في العقد، فبمُضيّ مدّةٍ معقولةٍ يُقدّرها القضاء.

وبما أنّ القانون يسمحُ تعليقَ البيع على شرطٍ، فإنّ الفرقَ بين شرطِ الخيار وبين البيع المشروط (Conditional Sale) أنّ في البيع بشرط الخيار ليس هناك مواعدةٌ بالبيع، فلا يحقّ للمشترى أن يبيعَ ما قبضه إلاّ أن يكونَ ذلك دليلاً على إنجاز البيع. أمّا البيعُ المشروط، ففيه مواعدةٌ بإنجاز البيع عند وجود الشّرط، فيحقّ للمشترى أن يبيعَه قبل وجود الشّرط وانتقال المِلك إليه، لأنّ القانون يسمحُ بيع ما لا يملكه الإنسان.[١]

ويظهر من مراجعة القوانين الوضعيّة وأقضية المحاكم أنّ القانونَ لم يُفرّق بين خيار الشّرط وخيار العيب، وخيار فوات الوصف، بل أدخل كلَّ ذلك إمّا تحت "البيع بشرط الخيار" (Delivery on Sale or Return) وإمّا في البيع المشروط (Conditional Sale).

---

(١) هذه خلاصة مقتبسة من Pollock & Mulla On Sale of Goods Act, Section 24, pp. 206 to 213

www.besturdubooks.wordpress.com

وبمقارنة القوانين مع الفقه الإسلاميّ في هذا الموضوع تتبيّن الدّقّةُ البالغةُ الّتي نظر بها الفقهاءُ الأنواعَ المختلفة للخيار، والآثار المترتّبة عليها. ويظهر ذلك من مباحث الخيار الآتية إن شاء الله تعالى.

٤٠٨- أثر الخيار على ملك المبيع والثّمن

ويجوز اشتراطُ الخيار من البائع، ومن المشتري، ومن كليهما، بل يجوز اشتراطه لشخص ثالث أيضاً، وهذا ممّا اتفق عليه الفقهاء.[١] ثمّ اختلفوا في أثر الخيار على ملك المبيع، بمعنى أنّ من يملك المبيعَ والثّمنَ في مدّة الخيار.

٤٠٩- مذهب الحنفيّة

فقال الحنفيّة: إن كان الخيارُ للبائع، فإنّه يمنعُ خروجَ المبيع من ملكه، حتّى لو قبضه المشتري بإذن البائع، فإنّه كالمقبوض على سَوم الشّراء، فلا يملك التّصرّف فيه، وإن هلك بيد المشتري في مدّة الخيار، فإنّ المشتريَ يضمنه بالقيمة إن كان قيميّاً، وبالمثل إن كان مثليّاً، لا بالثّمن. ولكن يخرُج الثّمن عن ملك المشتري، ولا يدخلُ في ملك البائع عند أبي حنيفة، ويدخل عند صاحبيه.[٢]

وإن كان الخيارُ للمشتري، فلا يخرج الثّمنُ عن ملك المشتري، ولا يجوز للبائع أن يتصرّف فيه إذا كان عيناً، ولا يستحقُّه على المشتري إذا كان دَيناً.

---

(١) ردّالمحتار ٤: ٢٥٤ إلى ٢٥٧ والمغني لابن قدامة ٤: ٩٨

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٥٢٩ و ٥٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا المبيع، فإنّه يخرجُ من ملك البائع، فإن هلك في يده، هلك بالثّمن، وكذا إذا دخله عيب. وقال الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى: إنّ المبيعَ وإن خرج من ملك البائع، ولكنّ المشتريَ لا يملكه، وقال صاحباه: يدخُل في ملك المشتري، وعلى هذا الزّيادات المنفصلةُ غيرُ المتولّدة من المبيع الحاصلةُ في مدّة الخيار، مثلُ كسْب العبد، تكون للمشتري، وإن فسخ البيعَ بعد ذلك، لأنّه لمّا خرج عن ملك البائع، فلو لم يدخل في ملك المشتري، يكون زائلاً لا إلى مالك، ولاعهدَ لنا به في الشّرع، ولمّا ملكه المشتري، فله غُنمه وعليه غُرمه.

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ الثّمن لم يخرج عن ملك المشتري اتفاقاً، فلو قلنا بأنّه يدخل المبيعُ في ملكه، لاجتمع البدلان في مِلكِ رجل واحدٍ حكماً للمعاوضة، ولاأصلَ له في الشّرع، لأنّ المعاوضةَ تقتضي المساواة.[1] وعلى هذا كسبُ العبدِ المبيع بخيارِ المشتري يكونُ للبائع بعد الفسخ.[2]

وثمرةُ الخلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه تظهر في عدّة مسائل ذكرها الفقهاء، ومعظمُها تتعلّق بشراء العبيد والجواري، ومنها مسائلُ آتية:

إحداهما: أنّ المشتريَ إذا قبض المبيع بإذن البائع، ثمّ أودعه عند البائع، فهلك في يده في تلك المدّة، هلك من مال البائع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأنّ المشتريَ لم يملكه، فلم يصحّ إيداعه، فلم يكُن بيد البائع وديعةً، وارتفع قبضُ

---

(١) فتح القدير ٥: ٥٠٣ و ٥٠٤

(٢) ردّالمحتار ٤: ٢٩٨ فقره ٢٢٧٠٢

المشتري بالرّدّ. وعندهما يهلك من مال المشتري، لأنّ المشتريَ مَلكه، فصحّ منه إيداعُه عند البائع، والمودَع لايضمن الوديعةَ عند الهلاك بغير تعدٍّ منه، وإنّما يهلك من مال المودِع المالك.

والمسئلة الثانية: لواشترى ذمّيٌّ من ذمّيٍّ خمراً على أنّ المشتريَ بالخيار، ثمّ أسلم المشتري في مدّة الخيار، بطل الخيار عندهما، لأنّه مَلكها، فلا يملك تمليكَها بالرّدّ وهو مسلم. وعند أبي حنيفة يبطلُ البيع، لأنّه لم يملكْها، فلا يملك تملّكَها بإسقاط الخيار وهو مسلم."[1]

الثّالثة: إذا اشترى داراً على أنّه بالخيار ثلاثة أيام، وهو ساكنُها بإجارة أو إعارة، فاستدام سكناها بعدالشّراء، هل تُعتبر استدامتُه السّكنى اختياراً للعقد أم لا: عند أبي حنيفة: لا تُعتبر، لأنّه لم يملك عينَ الدّار، فاستدامتُه السّكنى لاتزالُ بحكم الإجارة أو الإعارة. وعند الصّاحبين تُعتبر استدامتُه السّكنى اختياراً لتنفيذ البيع، لأنّه مَلَكَ العينَ بحُكم الخيار، فلمّا استدام السّكنى كان ذلك اختياراً منه بإمضاء العقد، كما لو ابتدأ السّكنى أصلا.

هذا ما قرّره خواهر زاده من مذهب الصّاحبين. أمّا الإمام السّرخسيّ رحمه الله تعالى، فقال إنّ الاستدامة ليست اختياراً.[2] وعلى هذا، فلا فرق بين المذهبين في هذه الجزئيّة.

وإنّ مجلّة الأحكام العدليّة قد اختارت مذهب الصّاحبين، فجاء فيها في المادّة ٣٠٩:

(١) ردّالمحتار ١٤: ٢٩٣ و ٢٩٥ فقره ٢٢٦٩٦ وراجعه للتّفصيل

(٢) فتح القدير ٥: ٥٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

"إذا شُرط الخيارُ للمشترى فقط، خرج المبيع عن ملك البائع، وصار ملكاً للمشتري. فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه، يلزمه أداء ثمنه المسمّى للبائع."

أمّا إذا كان الخيارُ لكلٍّ من البائع والمشترى، فلا يخرج المبيعُ عن ملك البائع، ولاالثّمنُ من ملك المشترى، وأيُّهما فسخ البيعَ في المدّة انفسخ البيع، وأيّهما أجاز، بطل خيارُه فقط، وصار العقدُ باتّاً من جانبه، والآخرُ على خياره. وإن لم يوجد منهما إجازةٌ ولافسخٌ حتّى مضت المدّةُ، لزم البيع. ولوأجاز أحدُهما وفسخ الآخر، بطل البيعُ بينهما، سواءٌ أسبق الفسخُ أم الإجازة، أو كانا معاً، ولاعبرةَ للإجازة بأيّ حال.[1] وإن تصرّف البائع في المبيع، جاز وكان فسخاً، وكذا تصرّف المشترى في الثّمن إن كان عيناً. وتصرّف البائع في الثّمن، إذا كان عيناً، وتصرّف المشترى في المبيع باطل. وأيّهما هلك قبل التّسليم، بطل البيع. فإن هلك بعد التّسليم بطل أيضاً، ولزم قيمتُه."[2]

٤١٠ـ مذهب الشّافعيّة

أمّا الشّافعيّة، فلهم في هذه المسئلة أقوال متعدّدةٌ فصّلها الشّيرازيّ في المهذّب[3]، ولكنّ الأظهر عندهم ما يوافق أبايوسف ومحمّداً رحمهما الله تعالى فيما إذا كان الخيارُ لأحد المتعاقدين، من أنّ في خيارالبائع لايزال ملكُه قائماً، وفي خيار

---

(١) ردّ المحتار ١٤: ٢٨٩

(٢) ردّ لمحتار ١٤: ٢٨٩ فقره ٢٣٦٨٠ وشرح المجلّة ٢: ٢٤٨

(٣) راجع المجموع شرح المهذّب ٩: ٢١١ إلى ٢١٣

www.besturdubooks.wordpress.com

المشتري ينتقل الملكُ إليه. وأمّا إذا كان الخيارُ لهما أو لأجنبيّ، فالملكُ موقوف. فإن تمّ البيع، بان أنّ ملكَ المبيع للمشتري، وملكَ الثّمن للبائع من حين العقد. وإن فُسخ البيع، فللبائع ملكُ المبيع وللمشتري ملكُ الثّمن من حين العقد، وكأنّ كلاً لم يخرُج عن ملك مالكه، إذ أحدُ الجانبين ليس أولى من الآخر، فوُقِف الأمرُ إلى اللّزوم أو الفسْخ.[1] وعلى هذا، فإنّ حكم هلاك المبيع في مدّة الخيار فيه تفصيل حسبما يأتي:

١ - إذا هلكَ المبيعُ في يد المشتري بآفةٍ سماويّة والخيارُ له، فالرّاجح عند الشافعيّة أنّ البيع لا ينفسخ، والمشتري على خياره، فإن أجاز البيعَ فعليه الثّمن، وإن فسَخه فعليه القيمة. وإن أتلف المبيعَ أجنبيٌّ في يد المشتري والخيارُ له، فالرّاجحُ أنّ البيعَ لا ينفسخ، والمشتري على خياره، وتلزم الأجنبيَّ قيمةُ المبيع. ثمّ إن أجاز المشتري البيعَ، فقيمةُ المبيع للمشتري، وإن فسَخه فالقيمة للبائع. وإن أتلف المشتري المبيعَ لزم البيعُ واستقرّ الثّمن عليه.[2]

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٤: ١٩، ٢٠

(٢) قال النووي رحمه الله تعالى:

"إذا تلف المبيعُ بآفة سماوية في زمن الخيار، نُظر إن كان قبل القبض، انفسخ العقد. وإن كان بعده، وقلنا: الملكُ للبائع، انفسخ أيضاً. فيستردّ الثمن، ويغرم للبائع القيمة... وإن قلنا: الملكُ للمشتري أو موقوف، فوجهان أو قولان. أحدهما: ينفسخ أيضاً، لحصول الهلاك قبل استقرار العقد. وأصحّهما: لا ينفسخ، لدخوله في ضمان المشتري بالقبض، ولا أثر لولاية الفسخ كما في خيار العيب. فإن قلنا بالانفساخ، فعلى المشتري القيمة... وإن قلنا بعدم الانفساخ، فهل ينقطع الخيار؟ وجهان أحدهما: نعم، كما ينقطع خيارُ الرّدّ بالعيب بتلف المبيع. وأصحّهما: لا... فإن قلنا بالأول، استقرّ العقد ولزم الثمن. وإن قلنا بالثاني، فإن تمّ العقد، لزم الثمن، وإلا وجبت القيمة على المشتري، واستردّ الثمن... ولو قبض المشتري المبيع في زمن الخيار وأتلفه متلف قبل انقضائه، إن قلنا: الملكُ للبائع، انفسخ البيع =

www.besturdubooks.wordpress.com

٢- إذا هلك المبيعُ في يد المشتري والخيارُ للبائع، انفسخ البيع، لما مرّ أنّ ملك البائع زمنَ خياره لم يزل قائماً، سواء أكان المبيعُ في يد المشتري أم في يده، فهلاكُ المبيع زمنَ خيار البائع كهلاكه قبل قبض المشتري، فينفسخُ البيع، ولكن يغرَم المشتري القيمة.

٣- إن هلك المبيعُ في يد البائع بآفةٍ سماويّة، فإنّ البيع ينفسخ، سواءٌ أكان الخيارُ للبائع أم للمشتري.

٤- إن أتلف المبيعَ أجنبيٌّ وهو في يدالبائع، سواءٌ أكان الخيارُ للبائع أم للمشتري، فالبيعُ لا ينفسخ، ويبقى الخيارُ لصاحبه. فإن شاء فسخ البيع، ويغرم الأجنبيّ قيمةَ المبيع للبائع. وإن شاء أجاز البيع، ويغرم الأجنبيّ قيمةَ المبيع للمشتري.

٥- إن أتلف المشتري المبيعَ والخيارُ له، استقرّ عليه الثّمن، سواءٌ أكان في يد البائع، أم في يدالمشتري، لكونه يُعتبر قبضاً.

٦- إن أتلفه المشتري والخيارُ للبائع، انفسخ العقد وغرم المشتري القيمة، سواءٌ أكان في يده، أم في يد البائع.[1]

= كالتلف. وإن قلنا: للمشتري أو موقوف، نُظر إن أتلفه أجنبي، بني على ما لو تلف. إن قلنا: ينفسخ العقد هناك، فهو كإتلاف الأجنبيّ المبيع قبل القبض... وإن قلنا: لا ينفسخ، وهو الأصحّ، فكذا هنا، وعلى الأجنبيّ القيمة، والخيارُ بحاله. فإن تمّ البيع، فهي للمشتري. وإلّا فللبائع. وإن أتلفه المشتري، استقرّ الثّمنُ عليه. فإن أتلفه في يد البائع وجعلنا إتلافه قبضاً، فهو كما لو تلف في يده." (روضة الطالبين ٣: ٤٥٢)

(١) هذه الصور لخصتُها من عبارة النّوويّ رحمه الله تعالى في روضة الطالبين المنقولة في الحاشية السّابقة، وفيها غموض، فليتأمل.

www.besturdubooks.wordpress.com

٤١١- مذهبُ المالكيّة

وقال المالكيّةُ في مذهبهم المعتمد: إنّ المبيعَ لايزال في مِلك البائع في مدة الخيار، سواءٌ أكان الخيارُ للبائع أم للمشتري.

وعندهم قولٌ آخر، وهوأنّه مملوكٌ للمشتري في الحالتَين، ولكنّ مِلكَه غيرُ تامّ لاحتمال ردّه، ولكنّ المبيعَ يبقى في ضمان البائع على كلٍّ من القولين. قال الدّسوقيّ رحمه الله تعالى:

"والملكُ للمبيع بخيارٍ في زمنه للبائع، وهذا هو المعتمَد. وعليه، فالإمضاءُ نقلُ المبيع من ملكِ البائع لملك المشتري. وقيل: إنّ الملكَ للمشتري، فالإمضاءُ تقريرٌ لمِلك المشتري، وأصلُ مِلكه حصل بالعقد. وهذا معنى قولهم: إنّ بيعَ الخيار منحلٌّ، أي إنّ المبيعَ على مِلك البائع، أومنعقدٌ، أي إنّه على ملك المشتري، لكنّ ملكَه غيرُ تامّ لاحتمال ردّه، ولذلك كان ضمانُ المبيع من البائع على القولين اتفاقاً. فثمرةُ الخلاف في الغَلّة الحاصلة في زمن الخيار وما ألحق بها فقط: فهي للبائع على الأوّل، وللمشتري على الثاني. إلاّ أنّ كونَ الغلّة للمشتري على القول الثّاني مخالفـةٌ لقاعدة "الخراجُ بالضّمان" و "من له الغُنْم عليه الغُرْم" فإنّ الغُنمَ هُنا للمشتري، والغُرْم أي الضّمان على البائع، فتأمّل."[1]

والّذي عليه كتب المذهب هو القولُ الأوّل أنّ المبيعَ لايخرج من ملك البائع في مدّة الخيار. وكونُ المبيع في ضمان البائع في مدّة الخيار، وأنّه يهلك من مال البائع، ليس

---

(١) الدّسوقيّ على الدّردير ٣: ١٠٣

www.besturdubooks.wordpress.com

على إطلاقه، بل قسّم المالكيةُ المبيعات إلى قسمين: الأوّل ما يُمكن إخفاؤه وكتمه، مثل الثوب والحُليّ والسّلاح، ويُعبّرون عنه ب "ما يُغاب عليه" والثّاني: ما لايُمكن إخفاؤه، مثل العقار والدّابّة والسّفينة الواقفة في المَرسى، ويُعبّرونه ب "ما لايُغابُ عليه". فإن كان المبيعُ ممّا لا يُغاب عليه، فلا يضمن المشتري بهلاكه في يده، (إلاّ أن يثبت تعدّيه، أو أن يأتيَ البائع ببيّنة أنّه كاذبٌ في دعوى الهلاك.) وإن كان ممّا يُغاب عليه، فإن ادّعى أنّه هلك في يده بغير تعدٍّ منه، وجب عليه أن يُثبت ببيّنة أنّه هلك بغير تفريطٍ، أو بأمرٍ ظاهرٍ من أخذ لصوص، أو غرَق مركب كانوا فيه، أو احتراق منْزل، أو قِدر، أو الثوب في النّار. فإن أثبته المشتري ببيّنة، لم يضمن، وكان من ضمان البائع. وإن لم يثبت الهلاك على هذا الطّريق، ضمنه المشتري بالثّمن، إلاّ في حالةٍ واحدةٍ يضمن فيها القيمة. وهي أن يكون الخيارُ للبائع، والقيمةُ أكثرُ من الثّمن. فيحلِفُ المشتري على أنّ المبيعَ ضاع أو هلك بدون تفريطٍ منه، فإن حلف، ضمن الثّمن، وإن نكل عن اليمين، ضمن القيمة.[1]

٤١٢ - مذهب الحنابلة

أمّا الحنابلةُ، فالملكُ ينتقلُ عندهم إلى المشتري بنفس العقد. قال ابنُ قُدامة رحمه الله تعالى: "وينتقل الملكُ إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب، ولا فرقَ بين كون الخيار لهما، أو لأحدهما، أيُّهما كان. وعن أحمد أنّ الملك لاينتقل حتّى ينقضي الخيار، وهو قولُ مالك، والقولُ الثّاني للشّافعيّ."[2]

---

(١) التاج والإكليل، (حاشية المواق على مختصر خليل) فصل في الخيار (على هامش الحطاب) ٤: ٤٢٢ و ٤٢٣

(٢) المغني لابن قدامه ٤: ٢٦ و ٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وأنّهم رجّحوا انتقالَ الملكِ إلى المشتري في ظاهر المذهب بجميعِ ما يتفرّع عليه، فقالوا: ينتقل ضمانُ المبيع إلى المشتري، كما ينتقل في البيع البات عندهم، فإن كان المبيعُ ممّا لايتعلّق به حقُّ التّوفية، ينتقلُ الضّمانُ بمجرّد العقد، وإن كان ممّا يتعلّق به حقُّ التّوفية، فإنّ الضّمانَ ينتقلُ بعد قبض المشتري إيّاه، كما فصّلناه في مبحث انتقال الضّمان. قال البهوتيّ رحمه الله تعالى:

"(فإن تلف) المبيعُ زمن الخيارين (أو نقص) بعيب (ولو قبل قبضه) فمن ضمان مشترٍ (إن لم يكن مكيلاً ونحوه) كموزونٍ ومعدود ومذروعٍ بيع بذلك[1] (ولم يمنعه منه) أي لم يمنع المشتريَ من القبض (البائعُ، أو كان) مبيعاً بكيل، أو وزن، أو عدّ، أو ذرع (وقبضه مشترٍ) وتلف أو نقص زمن الخيارين (ف) هو (من ضمانه) أي المشتري، لأنّه مالُه تلف بيده (ويبطل خيارُه) أي المشتري بتلف المبيع المضمون عليه لاستقرار الثّمن بذلك في ذمته."[2]

وكذلك غلّةُ المبيع الحاصلة في مدّة الخيار للمشتري. قال ابنُ قدامة: "وما يحصّل

---

(١) يعني إذا لم يقع البيع كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدداً، فإنّه لايتعلّق به حقّ التّوفية، فينتقل الضّمان إلى المشتري بنفس العقد، ولايشترط لانتقال الضّمان قبضُ المشتري.

(٢) كشاف القناع ٣: ١٩٤ ولينتبه أنّ عبارة النّسخة المطبوعة من المغني لابن قدامة فيها سقط، حيث قال: "وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه ولم يكن مكيلاً ولا موزوناً" (المغني ٤: ٣٩ ط: دار الكتب العلمية) فإنّه يوهم أنّ القبض يُشترط لانتقال الضمان فيما ليس مكيلاً أوموزوناً، مع أنّه خلاف مذهبهم، وقد ذكر بعض المحققين في نسخة أخرى أنّ العبارة في الأصل هكذا: "إذا قبضه أو لم يكن مكيلاً ولا موزوناً" (المغني ٦: ٢٣ ط: دار عالم الكتب) وهذا أوفق بما ذكرنا من عبارة الكشاف، وإن كان حكم المعدود والمذروع مثل المكيل والموزون، ولم يذكر في هذه العبارة.

www.besturdubooks.wordpress.com

من غلات المبيع ونمائه المنفصل فى مدة الخيار فهو للمشترى، أمضيا العقد أو فسخاه...ولنا قولُ النبيِّ صلّى الله عليه وسلّم: "الخراجُ بالضّمان"...وهذا من ضمان المشترى، فيجب أن يكون خراجه له."[1]

٤١٣– سقوط خيار الشّرط

ويسقط خيار الشّرط بأمور آتية:

الأوّل: الإجازة ممّن له الخيار، بأن يقول: أجزتُ البيع، أو أسقطتُ الخيار.

الثّاني: أن يتصرّفَ مَن له الخيار تصرّفاً يدلّ على إجازة البيع. فإن كان الخيارُ للبائع، فتصرّفه في الثّمن يُسقِط خيارَه. مثل أن يكون الثّمنُ عيناً، فيتصرّفُ فيه تصرّفَ الملاّك، بأن يبيعه أو يُساومه أو يُؤجره أو يرهنه، ونحو ذلك. أمّا إذا كان الثّمنُ ديناً، فالتّصرّف فيه مثل أن يُبرئَ البائعُ المشتريَ من الثّمن، أو يشتريَ به شيئاً منه، أو يهبه من المشتري، فهو إجازةٌ منه للبيع.[2]

أمّا إن كان الخيارُ للمشترى، فتصرّفُه في المبيع بأن يبيعَه إلى آخر، أو يهبَه أو يؤجرَه أو يرهنَه، فإنّه يُعتبر إجازةً منه للبيع، ويسقُط به خيارُه وينفذ تصرّفه عند الحنفيّة والحنابلة.[3] وعند الشّافعيّة فيه وجهان، وصحّح أبو سعيد الإصطخريّ ما يُوافق الحنفيّة والحنابلة.[4] وكذلك عند المالكيّة فيه قولان. الأوّل: أنّ من اشترى شيئاً بالخيار، ثمّ باعه

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٥ إلى ٣٨

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٣ و ٥٣٤

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١٤ و ١٥

(٤) المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٠١

www.besturdubooks.wordpress.com

إلى ثالث في مدة الخيار، فإنّ مجرد البيع إلى آخر لا يدلّ على رضاه، إلا أن يدّعي أنه اختار الشراء قبل البيع إلى ثالث، فيُصدق بيمين عند البعض، ولايُصدق عند آخرين. والقول الثاني ما رواه ابن القاسم في المدونة، وهو أنّ البيع إلى طرف ثالث يُعتبر اختياراً للبيع، كما هو مذهب الحنفية والشافعية، بل يدلّ على الرضا أيضاً أن يتسوّق المشتري المبيع. وذكر الدردير رحمه الله تعالى أنّ المعوّل عليه قول ابن القاسم.[1]

الثالث: مضيّ مدة الخيار، لأنّ الخيارَ مُوقّت به، والموقّت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية. لكن هل تدخل الغايةُ في شرط الخيار بأن يشترط الخيار إلى اللّيل أو إلى الغد، هل يدخل الليل أو الغد؟ قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: تدخل، وقال صاحباه: لاتدخل، وهو قول الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى.[2] لأنّ الغاية لاتدخل تحت ما ضُربت له الغاية، كما في قوله تعالى عزّ شأنه: «ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ» [البقرة: ١٨٧] حتّى لايجب الصوم في الليل، وكما في التأجيل إلى غاية، أنّ الغاية لاتدخل تحت الأجل.

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ الغايات على قسمين: غايةُ إخراج، وغايةُ إثبات. فغايةُ الإخراج تدخُل تحت ما ضُربت له الغاية. كما في قوله تعالى: «فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ» [المائدة: ٦] والغايةُ في خيار الشرط في معنى غاية الإخراج. قال الكاساني رحمه الله تعالى: "ألاترى أنّه لولم يذكر الوقت أصلاً، لاقتضى ثبوت الخيار في الأوقات كلّها، حتّى لم يصحّ، لأنّه يكونُ في معنى شرط خيار مؤبّد، بخلاف التأجيل إلى غاية، فإنّه لولا ذكرُ الغاية، لم يثبت الأجلُ أصلاً، فكانت الغايةُ في التأجيل غايةَ إثبات، فلم تدخُل تحت ماضُربت له."[3]

---

(١) الشرح الكبير للدردير مع حاشية للدسوقي ٣: ١٠٠ و١٠١

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ١٠٤ و١٠٥

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

والّذي يظهر لهذا العبد الضّعيف عفا الله تعالى عنه أنّ الحكمَ يُمكن أن يختلف باختلاف اللّغات وأعرافها، فإنّ الألفاظَ الموضوعةَ للغاية في بعض اللّغات تُعيّن دخولَ المغيّا فيها، أو عدمَ دخولها، فإن تعيّن ذلك في عُرف لغةٍ أو بلدٍ، يُعمل بذلك العُرف بلاخلاف. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الرّابع: أن يظهر في المبيع ما يمنعُ الرّدّ، والموانعُ هي الموانعُ الّتي فصّلناها في خيار العيب، مثل هلاك المبيع. وضمانُ الهلاك حسبما ذكرناه في مسئلة انتقال الملك.

٤١٤ـ حكم تعيّب المبيع أثناء مدّة الخيار

إن حدث في المبيع عيبٌ أثناء مدّة الخيار، فالحكم يختلف باختلاف الحالات الآتية:

١ـ إن كان الخيارُ للمشتري، وحدث بيده عيبٌ لايحتمل الارتفاع، فإنّه مانعٌ للرّدّ، فيسقُط به الخيارُ عند الإمام أبي حنيفة، ويتمّ البيع، سواءٌ تعيّب أو انتقص بفعل المشتري، أو بفعل البائع، أو بآفةٍ سماويّة، أو بفعل المبيع، أو بفعل أجنبيّ. وإن كان عيباً يحتمل الارتفاع، مثل أن يُصيبَ الدّابّة المبيعةَ مرض، فالمشتري على خياره، إن شاء فسخ، وإن شاء أجاز.

وقال أبويوسف رحمه الله تعالى: إذا انتقص بفعل البائع، فإنّ المشتريَ على خياره، إن شاء ردّ عليه، وإن شاءَ أمسكه وأخذ الأرشَ من البائع. وذكر الكرخيّ رحمه الله تعالى أنّ محمّداً رحمه الله تعالى مع أبي يوسف في هذا.[1]

٢ـ إن كان الخيارُ للبائع، فحدث بيد المشتري عيبٌ بفعل أجنبيّ، أو بفعل المشتري، أو

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

بآفة سماوية، فالبائعُ على خياره. فإن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخه. فإن أجاز، أخذ من المشتري جميع الثّمن، سواءٌ كان التّعيّبُ بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبيّ، أو بآفةٍ سماويّة، لأنّ البيعَ جاز في الكلّ، ولايكون للمشتري خيارُ الرّدّ بحدوث التّغيّر في المبيع، لأنّه حدث في يده في ضمانه، غيرَ أنّه إن كان التّعييبُ بفعل المشتري، فلاسبيلَ له على أحد، وإن كان بفعل الأجنبيّ، فللمشتري أن يتبعَ الجانيَ بالأرش، لأنّه ملكَ المبيعَ بإجازة البائع من وقت البيع، فتبيّن أنّ الجنايةَ حصلت على ملكه. وإن فسخ البائع البيعَ بحكم الخيار، يُنظر: إن كان التّعيّبُ بفعل المشتري، فإنّ البائع يأخذ الباقيَ، ويأخذ أرش الجناية من المشتري، لأنّ المبيعَ كان مضموناً على المشتري بالقيمة.

٣- إن كان الخيار للمشتري، وتعيّب المبيع في يد البائع، فالظّاهر أنّ المبيع يتعيّب من ضمان البائع، لأنّ ضمانَ المبيع إنّما ينتقل إلى المشتري بالقبض عند الحنفيّة، كما مرّ في بحث انتقال الضمان، فتعيُّب المبيع قبل انتقال ضمانه إلى المشتري يحصُل من ضمان البائع. نعم، إذا حصل التعيُّب في هذه الصورة بفعل المشتري، فالظّاهر أنّ فعل المشتري يعتبر قبضاً للمبيع، فيحصل التعيُّب في ضمانه. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"والمشتري إذا عيّب المعقود عليه في يد البائع، لم يكن له أن يردّه بحكم خياره."[1]

٤- إن كان الخيار للبائع، وتعيّب المبيعُ في يده، ففيه تفصيل: إن كان التعيُّب بآفة سماوية أو بفعل المبيع لا يبطُل البيعُ، والبائع على خياره، فإن أجاز البيعَ فالمشتري

(١) المبسوط ١٣: ٥١ وليراجع أيضا تبيين الحقائق ٤: ٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

بالخيار، إن شاء، أخذ المبيع بجميع الثّمن، وإن شاء تركه، وإن تعيّب بفعل البائع بطل البيع. أمّا إذا تعيّب بفعل أجنبيّ لم يبطل البيع، والبائعُ على خياره، إن شاء، فسخ البيعَ واتّبع الجانيَ بالأرش، وإن شاء، أجاز البيعَ واتّبع المشتريَ بالثّمن، ثمّ المشتري يتّبع الجانيَ بالأرش. ولو تعيّب بفعل المشتري لا يبطل البيع، والبائعُ على خياره، إن شاء، فسخ البيعَ واتّبع المشتريَ بالضّمان، وإن شاء أجازه واتّبع المشتريَ بالثّمن، ثمّ المشتري يتّبع الجانيَ بالأرش.[1]

أمّا المالكيّة، فقد مرّ منهم أنّ المبيعَ في ضمان البائع طوالَ مدّة الخيار، فلو تعيّب، فالمشتري يُخيّر بين أخذه معيباً بجميع الثّمن أو ردّه، سواءٌ أكان الخيار للبائع، أم للمشتري.[2] وأطلقوا هذا الحكم بما يقتضي أن يكون الحكمُ كذلك، سواءٌ أكان بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبيّ أو بآفةٍ سماويّة، إلّا في الصّور المستثناة حسب التّفصيل المارّ.

أمّا الشّافعيّة، فالرّاجح من مذهبهم أنّ تعيُّب المبيع في يد المشتري زمنَ الخيار من ضمان العاقد الّذي يملك المبيع، وقد مرّ أنّ الأظهر عندهم في ملك المبيع زمنَ الخيار ما يوافق أبا يوسف ومحمّداً رحمهما الله تعالى من أنّ الخيارَ إن كان للبائع، فلا يزال ملكُه قائماً، وإن كان للمشتري ينتقل الملكُ إليه، والملكُ موقوفٌ فيما إذا كان الخيارُ للبائع والمشتري جميعاً، أو كان الخيار لأجنبيّ. قال القاضي زكريّا الأنصاريّ رحمه الله تعالى:

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٤١ و٥٤٢

(٢) الذّخيرة للقرافي ٥: ٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

"إن كان حدوثه (أي العيب) بعد القبض في زمن الخيار، قال ابنُ الرفعة: فالقياس بناؤه على ما لو تَلِف حينئذ: هل ينفسخ؟ والأرجحُ على ما قاله الرّافعيُّ: إنْ قلنا: الملكُ للبائع انفسخ، وإلّا فلا، فإن قُلنا: ينفسخ، فحدوثُه كوجوده قبل القبض."(١)

أمّا إذا تعيّب المبيع في يد البائع زمنَ الخيار، فالظّاهر أنّ العيبَ من ضمانه، سواءٌ أكان الخيار للمشترى أم للبائع، وذلك لأنّ ضمانَ المبيع إنّما ينتقل إلى المشترى بالقبض كما هو مذهب الحنفيّة، وقد أطلق الشافعيّةُ القولَ فى أنّ كلَّ عيب يحدث فى المبيع قبل قبض المشترى يحدث من ضمان البائع، فيثبت للمشترى خيارُ العيب بسببه، حتّى قالوا: إنّ العيبَ الحادثَ في المبيع بعد عقد البيع، قبل أن يقبضه المشترى كالعيب المقارن للعقد، فيثبت للمشترى بسببه خيارُ العيب، فالظّاهر أنّ حكم انتقال الضّمان فى البيع بشرط الخيار كذلك، حيث لم يستثن الشافعيّةُ البيعَ بشرط الخيار من ضابطهم في انتقال ضمان المبيع. قال السُّبكيّ رحمه الله تعالى:

"الكلام الآن فى العيب الحادث بعده (أي بعد البيع) وقد قسّمه المصنّف رحمه الله إلى ثلاثة أقسام: القسم الأوّل: الحادثُ قبل القبض، فحكمُه حكمُ المقارن للعقد، لأنّ المبيع مضمونٌ قبل القبض على البائع بجملته، فكذا أجزاؤه، وضمانُ الجزء الّذي لا يقابله قِسطٌ من الثّمن لا يقتضي الانفساخَ، فأثبت الخيار...وقد اتّفق الأصحابُ على هذا الحكم، وأنّ العيب الطّارئَ قبل القبض كالمقارن للعقد، وذلك منهم تفريعٌ على ما هو متّفقٌ عليه في

---

(١) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، فصل فى الخيار ٢: ٤٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

المذهب، وهو أنّ البيع قبل القبض من ضمان البائع، وأنّه إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع، ونصّ عليه الشّافعيّ رحمه الله في مواضع."[1]

فيُفهم من أصلهم حكمُ الحالات المختلفة لتعيّب المبيع عندهم، وهو كما يلي:

١- إذا تعيّب المبيع في يد المشتري والخيارُ له، فإنّه يتعيّب من ضمانه، لأنّ ملكَ المبيع قد انتقل إليه. وضمانُ التعيُّب في يد المشتري زمنَ الخيار على مَن يملك المبيع وفق الأصل المذكور، فلا يملك ردَّ المبيع بحكم خيار الشّرط، لحدوث عيب في ضمانه لم يكن عند البائع، كما لم يكن له ذلك بحكم خيار العيب إذا اطّلع على عيبٍ قديمٍ بعد حدوث عيبٍ في ضمانه. والله سبحانه أعلم.

٢- إذا تعيّب المبيع في يد المشتري والخيارُ للبائع، فإنّه يتعيّب من ضمان البائع، لأنّ ملكَه للمبيع لم يزل قائماً، وضمانُ التعيُّب على مَن يملك المبيعَ كما مرّ. وينبغي أن يُستثنى منه ما إذا حصل التعيُّبُ بفعل المشتري، فيكون التعيُّب من ضمانه، وذلك لأنّ مذهب الشافعيّة في البيع الباتّ أنّ إتلاف المشتري للمبيع في يد البائع يُعتبر كقبضه للمبيع، وقد فرّعوا حكمَ التّعييب على حكم الإتلاف، فاعتبروا تعييبَ المشتري للمبيع في يد البائع أيضاً كقبضه. فينبغي أن يكون حكمُ تعييبه للمبيع في يده زمن خيار البائع مثلَ تعييبه للمبيع في البيع الباتّ. قال السّبكيّ رحمه الله تعالى:

"ومتى حصل العيب من جهة المشتري (أي قبل قبضه للمبيع من البائع) فلا خيارَ له على الصّحيح تفريعاً على أنّ إتلافه قبض، وهو الصّحيح المشهور."[2]

---

(١) تكملة المجموع ١٢: ١٢٤

(٢) تكملة المجموع ١٢: ١٢٥

www.besturdubooks.wordpress.com

٣- إذا تعيّب المبيع في يد البائع، والخيارُ للمشتري، فالتعيّب من ضمان البائع، ويكون للمشتري خيارُ الرد. وينبغي أن يُستثنى من هذا الحكم ما إذا حصل التعيُّب بفعل المشتري، فيُعتبر قبضاً منه ويحصل العيبُ من ضمانه، كما مرّ آنفا.

٤- إذا تعيّب المبيعُ في يد البائع والخيارُ له، فالتعيّب من ضمان البائع.

أمّا الحنابلة، فقد مرّ تصريح ابن قُدامة رحمه الله تعالى بأنّ الملكَ في بيع الخيار ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، ولا فرقَ بين كون الخيار لهما، أو لأحدهما. وقد مرّ أنّهم رجّحوا انتقالَ الملك إلى المشتري في ظاهر المذهب بجميع ما يتفرّع عليه، فقالوا: ينتقل ضمانُ المبيع إلى المشتري كما ينتقل في البيع البات عندهم، فإن كان المبيعُ ممّا لا يتعلّق به حقُّ التّوفية، ينتقلُ الضّمانُ بمجرّد العقد، وإن كان ممّا يتعلّق به حقُّ التّوفية، فإنّ الضّمانَ ينتقل بعد قبض المشتري إيّاه. ويفهم من هذا أنّ تعيّب المبيع إذا حصل في يد البائع، فإن كان المبيع مما لا يتعلّق به حقّ التوفية، فالتعيّب من ضمان المشتري، وإن كان مما يتعلّق به حقّ التوفية فالتّعيّب من ضمان المشتري، ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما. وأمّا إذا حصل التعيّب في يد المشتري فالضمان منه، سواء كان الخيار له أم للبائع أم لهما جميعا.

٤١٥- حكم تعيّب المبيع إن كان الخيارِ لكلّ من العاقدين

التفصيل المارّ يجري في تعيّب المبيع إذا كان الخيارُ لأحد العاقدين. أمّا إذا كان الخيارُ لكلّ منهما، فلم أجد حكمَه صريحاً عند الحنفيّة، إلّا أنّ ضابطَ سقوط الخيار عند الحنفيّة ما ذكره الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"وأمّا خيارُ البائع والمشتري جميعاً، فيسقُط بما يسقُط به حالة الانفراد،

www.besturdubooks.wordpress.com

فأيّهما أجاز صريحاً أو ما يجري مجرى الصّريح أو فَعَلَ ما يدلُّ على الإجازة بطل خيارُه، ولزم البيعُ من جانبه، والآخَرُ على خياره إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ، وأيُّهما فسخ صريحاً أو ما يجري مجرى الصّريح، أو فَعَل ما يدلّ على الفسخ انفسخ أصلاً ورأساً، ولا تلحقه الإجازةُ من صاحبه بعد ذلك. وإنّما اختلف حكمُ الفسخ والإجازة؛ لأنّ الفسخَ تصرُّفٌ في العقد بالإبطال، والعقدُ بعد ما بَطَلَ لا يحتمل الإجازة؛ لأنّ الباطلَ متلاشٍ؛ وأمّا الإجازة، فهي تصرُّفٌ في العقد بالتّغيير وهو الإلزام، لا بالإعدام، فلا يُخرِجُه عن احتمال الفسخ والإجازة، ولو أجاز أحدُهما، وفسخ الآخَر، انفسخ العقدُ سواءٌ كان على التّعاقُب أو على القران؛ لأنّ الفسخ أقوى من الإجازة."[1]

فمقتضى هذا الضابط أنّ المبيع إذا تعيّب في يد المشتري بعيب لايحتمل الارتفاع، فإنّه مانعٌ للرّدّ، فيلزم البيع من جانب المشتري، والبائعُ على خياره، إن شاء أجاز البيع فيلزم المشتري الثّمن، وإن شاء فسَخه ويأخذ المبيع المعيب، وعلى المشتري أرشُ العيب الحادث. ويجري هنا اختلاف الإمام أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله تعالى فيما إذا حدث العيب بفعل البائع، كما مرّ تفصيله.

وأمّا إذا حدث العيب في يد البائع، والخيار للعاقدين جميعا، فإنّ العيب الحادث من ضمان البائع، ثمّ إن كان بآفة سماوية أو بفعل أجنبيّ، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع بجميع الثّمن، وإن شاء تركه، وإن كان بفعل المشتري فالظاهر أنّ البيع يلزم من جانبه، والبائع على خياره، إن شاء أجاز البيع فعلى المشتري الثمن، وإن

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٩

شاء فسخه، فعلى المشتري أرش العيب الحادث. وإن حدث العيب بفعل البائع فالظاهر أن البيع يبطل كما إذا تعيّب المبيع في يد البائع بفعل نفسه، وكان الخيار له وحده. والله سبحانه أعلم.

أمّا المالكيّة، فقد ذكر القرافيّ رحمه الله تعالى أنّ التعيّب زمن الخيار يكون من ضمان البائع، سواءٌ أكان الخيار للبائع، أم للمشتري، أم لهما جميعاً، وسواءٌ حصل التعيّب في قبض البائع أو المشتري.[1]

ويُفهم من أصل الشافعيّة أنّ التعيّب في هذه الصّورة إن حدث في يد البائع، فإنّه من ضمانه. أمّا إذا حدث في يد المشتري، فمقتضى أصلهم أنّ التعيّب من ضمان من يملك المبيع، وقد مرّ أنّ الملك في صورة اشتراط الخيار لكلٍّ من العاقدين موقوفٌ، فإن تمّ البيعُ بان أنّ ملك المبيع للمشتري، وملك الثّمن للبائع من حين العقد، وإن فُسخ البيعُ، فللبائع ملك المبيع، وللمشتري ملكُ الثّمن من حين العقد، وكأنّه لم يخرُج شيئٌ عن ملك مالكه. والظّاهر أنّ تعيّب المبيع في يد المشتري يقتضي تمام البيع، لأنّ المبيع لا يمكن ردُّه معيباً إلى البائع، وبذلك بان أنّ المبيع كان في ملك المشتري من حين العقد، والثّمن كان في ملك البائع من حينه. والله سبحانه أعلم.

٤١٦- جريان الإرث في خيار الشّرط

وإن مات من له خيارُ الشّرط في أثناء مدّته بدون أن يفسخ البيع، هل ينتقل خيارُ الفسخ إلى ورثته؟ فيه خلافٌ بين الفقهاء. فقال الشّافعيّة والمالكيّة: ينتقل الخيارُ إلى ورثته. ويجري فيه الإرث، كما يجري في خيار العيب بالاتّفاق. فله أن يفسخ البيع،

---

(١) الذخيرة للقرافي، القسم الثاني من كتاب البيوع ٥: ٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وذلك بناءً على أصلهم أنّ الحقوق المتعلّقة بالبيع تُورَث.[1] وهناك قولٌ شاذٌ عندالشّافعيّة أنّ خيارَ الشّرط لا يُورَث، وهو قول مخرّج من قول مرجوح في خيار المجلس أنّه لا يورث، لكنّ الرّاجح والمنصوصَ من مذهب الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى أنّ خيارَ المجلس موروثٌ أيضاً. فالقولُ بأنّ خيارَ الشّرط لا يُورَث بعيد. قال إمام الحرمين رحمه الله تعالى:

"مذهبُ الشّافعي أنّ خيارَ الشّرط موروث، فإذا شُرط للمتعاقدين، فمات أحدُهما في مدة الخيار، قام وارثُه مقامه...قال صاحبُ التّقريب: إذا حكمنا بأنّ خيار المجلس لا يورث، فقد خرّج عليه بعضُ أئمتنا قولاً أن خيار الشرط لا يورث، فإنه كما اختصّ المجلس بالعاقد، ولم يوجد منه فراقٌ محسوسٌ، فكذلك الشّرط يختصّ بالعاقد. وهذا بعيدٌ جداً، لم أره لغيره."[2]

وقال الحنفيّة والحنابلة: لايُورثُ خيارُ الشّرط، بمعنى أنّ البيعَ يصيرُ باتّاً بموته، ولايملك الورثةُ فسخَه، بخلاف خيار العيب، حيثُ يورَث بلاخلاف. ويُمارسه الورثةُ بعد المورث. وبيّن السّرخسيّ رحمه الله تعالى وجهَ الفرق بينهما، وقال:

"لأنّ المشروطَ له الخيارُ مُسلّطٌ على الفسخ من جهة صاحبه... والمسلَّطُ على التّصرّف في حقّ الغير لايقومُ وارثُه مقامه بعد موته، كالوكيل بالبيع إذا مات، بخلاف خيار العيب، فالمقصودُ هناك هو الفسخ، ولكنّ المطالبةَ بتسليم ما هو المستحَقُّ بالعقد، حتّى إذا تعذّر الرّدُّ بالعيب، رجع بحصّة البيع من الثّمن.

---

(١) المدونة الكبرى، كتاب: البيعين بالخيار ٣: ٢٠٨ و ٢٠٩

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب، باب خيار المتبايعين ٥: ٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

والوارثُ يخلُف المُورثَ فيما هو مال."[1]

ولكنّ الحنابلةَ قالوا: إن كان صاحبُ الخيار قد طالب بالفسخ في مُدّة الخيار قبل موته، ثمّ مات يكونُ لورثته الخيار."[2] وكذلك نسب شمسُ الدين ابن قدامة هذا القول إلى الإمام أبي حنيفة أيضاً،[3] وإن لم أجده في كتب الحنفيّة. والظّاهرُ أنّه ليس من قبيل جريان الإرث في الخيار، لأنّه لمّا طالب بالفسخ في حياته، فقد انفسخ البيع، وما بقيَ إلاّ ردُّ المبيع والثّمن، فصار المبيعُ مملوكاً للبائع، والثّمنُ ديناً في ذمّته إن كان قبضه. فإن كان الخيارُ للمشتري، فإنّ ورثته يستحقّون الثّمنَ لكونه ديناً على البائع، لا لأنّ الخيار انتقل إليهم. وإن كان الخيارُ للبائع، فإنّ ورثته يستحقّون المبيعَ لأنّه مِلكُ لمورثهم.[4]

وإنّ هذا الاختلاف في وراثة الخيار فيما إذا لم يكن هناك تصريحٌ في العقد بشأن الوراثة. أمّا إذا صرّح العاقدان في العقد بأنّ خيار الشّرط ينتقل إلى الورثة عند موت من له الخيار، فلم أجد في ذلك نصّاً من الفقهاء، وقد جرى العمل في العقود اليوم أنّها تصرّح بأنّ العقد كلّه ينتقل إلى ورثة العاقد عند موته، وإن كان العقد يصرّح بذلك. فالظّاهر أنّ الخيار ينتقل إلى الورثة، والله سبحانه أعلم.

---

(١) المبسوط للسّرخسي، باب الخيار في البيع ١٣: ٤٣

(٢) شرح منتهى الإرادات، باب الخيار في البيع ٢: ٤١

(٣) الشّرح الكبير على متن المقنع مع المغني ٤: ٧٧

(٤) ثمّ وجدتُ تأييد ذلك في كلام الشّيخ محمد بن صالح بن محمد العثيمين رحمه الله تعالى، حيثُ قال: "لأنّه إذا قال: فسختُ، انفسخ البيع، ولم يبق خيار، وأمّا إذا فسّرت المطالبة بأنّه قد قال: أنا على خياري، فهذه ثابتةٌ وإن لم يقلها، لأنّه مادام اشترى بشرط الخيار ولم يُسقط الخيار، فالأصل بقاؤه." (الشّرح الممتع على زاد المستقنع، باب الخيار ٨: ٢٩٤)

www.besturdubooks.wordpress.com

٤١٧- خيار التّعيين

خيارُ التّعيين حقٌ العاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقدُ عليها على سبيل التّرديد. وذلك أن يختارَ المشتري شيئين، ويعقدَ الشّراء على أحدهما، ويشترطَ خيارَ التّعيين لنفسه إلى مدّةٍ معلومة. فيقول مثلاً: "اشتريتُ منك أحد هذين الثّوبين، وأعيّنه في خلال ثلاثة أيام، ويقبله البائع، أو يقول البائع: "بعتُ منك أحد هذين الثّوبين، وأعيّنه في خلال ثلاثة أيام"، ويقبله المشتري.

وهو مشروعٌ عند الحنفيّة والمالكيّة،[1] وممنوعٌ عند الشّافعيّة وجمهورِ الحنابلة،[2] لأنّ المبيعَ مجهول، ففيه غرر. وقال صاحب الهداية:

"والقياسُ أن يفسُد البيعُ في الكلّ لجهالة المبيع، وهو قول زفر والشّافعيّ. وجهُ الاستحسان أنّ شرْعَ الخيارِ للحاجة إلى دفع الغبْن، ليختار ما هو الأرفقُ والأوفق. والحاجةُ إلى هذا النّوع من البيع متحقّقة، لأنّه يحتاج إلى اختيار مَن يثق به، أو اختيار مَن يشتريه لأجله، ولا يمكّنه البائعُ من الحمْل إليه إلاّ بالبيع، فكان في معنى ما ورد به الشّرع."[3]

٤١٨- شروط خيار التعيين

ويشترطُ لجواز العقد بخيارِ التّعيين شروطٌ آتية:

الأوّل: أن يُشترط الخيارُ في صُلب العقد. فإن باع إحدى الشّاتين. وافترقا بدون

(١) فتح القدير ٥: ٥٢١ والدسوقي ٣: ١٠٦

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٩٩

(٣) الهداية مع فتح القدير ٥: ٥٢١

www.besturdubooks.wordpress.com

ذكر الخيار بطل البيع.

الثّاني: اشترط الحنفيّةُ أن يكون محلُّ الخيار من القيميّات، أو في المثليّات المختلفة الجنس، كما إذا باع مُدّاً واحداً من ثلاثة أمداد، أحدها حنطة، والثّاني شعير، والثّالث عدس، وبيّن ثمن كلٍّ على حدة.[1] فلايجوز خيارُ التّعيين في المثليّات المتّحدة الجنس، وعلّلوا ذلك بأنّه لاحاجةَ فيها إلى خيار التّعيين، لعدم التّفاوت.[2]

ولكنّ هذه العلّةَ منقوضةٌ بتفاوت الأنواع والأوصاف في جنسٍ واحد. فلوكان المبيعُ حنطةً مثلاً، فإنّ فيها جيّداً ووسطاً ورديئاً، وأوصافُها تختلفُ من المزروعة في بلدٍ إلى المزروعة في بلد آخر. وقد يحتاج المشتري إلى التّروي في اختيار نوعها ووصفها، فكيف يُقال: إنّه لاحاجةَ لخيار التّعيين في جنس واحد، إلاّ إذا أريد باتّحاد الجنسِ التّماثلُ في الأنواع والأوصاف. فالظّاهر انّه لامانعَ من اشتراط خيار التّعيين في متّحد الجنس أيضاً، إن كان هناك تفاوتٌ في الأنواع والأوصاف، سواءٌ أكان من القيميات أم من المثليّات.

وإنّ كثيراً من الأشياء الّتي عدّها الفقهاءُ من القيميّات، أصبحت اليوم من المثليّات، مثل الأثواب، والمراكب، والمنتجات الّتي تُصنع بالأجهزة الكهربائيّة، فإنّها لاتختلف آحادُها من طراز واحد. وتختلف طرازاتُها من جنس واحد، ففائدةُ خيار التّعيين فيها ثابتةٌ بلا ريب. والله سبحانه أعلم.

٤١٩- توقيت خيار التّعيين

الشّرطُ الثّالث: أن يُحدّدَ للخيار مدّةٌ معلومة. ثمّ مُعظم الحنفيّة على أنّ مدّته مدّةُ خيار

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدليّة للأتاسي، ٢: ٢٦٠ مادة ٣١٦

(٢) ردالمحتار، مطلب في خيار التعيين ١٤: ٣١٨ و٣١٩ فقره ٢٢٧٦٥ عن البحر الرائق ٦: ٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّرط، وهي ثلاثة أيام عند الإمام أبي حنيفة، والثلاث ومازاد عليها عند الصاحبين بعد أن يكون معلوماً، وهو قول الكرخيّ والطّحاويّ،[1] وعليه مشت مجلّة الأحكام العدليّة.[2]

وأمّا المالكيّة، فالظّاهر أنّهم يشترطون التّوقيت، ولكنّهم لا يقيّدونه بثلاثة أيّام. قال في منح الجليل: "وإن مضت مدّة الخيار ولم يختر، ثمّ أراد الاختيار بعدها، فإن كان بعيداً من أيّام الخيار، فليس له ذلك، وإن قرُب منها فذلك له."[3] وحكاه عن ابن القاسم أيضاً. وهذا يدلّ بظاهره أن مدّة الخيار لاتتقيّد عندهم بثلاثة أيّام.

ثمّ إن مضت مدّة الخيار، ولم يُعيّن مَن له الخيار المبيع، فحكمه عند المالكيّة أنّه يلزمه النّصف من كلّ من الشّيئين. قال الدّردير رحمه الله تعالى: "لأنّ ثوباً قد لزمه، ولايُعلم ماهو منهما، فوجب أن يكون فيهما شريكاً."[4]

أمّا الحنفيّة، فقد ذهب ابن نُجيم رحمه الله تعالى إلى أنّه لو مضت مدّة الخيار، ولم يُعيّن مَن له الخيار أحدهما، بطل البيع في الكلّ.[5] واعترض عليه ابنُ عابدين رحمه

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٧ ولكن الكرخيّ رحمه الله تعالى يجعل خيار التّعيين في حكم خيار الشّرط فيهما، فله أن يردّ البيع في كليهما في مدّة الخيار كما ذكرعنه في المحيط البرهانيّ ١٠: ٤١ كتاب البيوع، فصل ١٢

(٢) شرح المجلّة للأتاسي، المادة ٣١٧، ٢: ٢٦٢

(٣) منح الجليل لمحمد عليش ٥: ١٤٠

(٤) الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي ٣: ١٠٧

(٥) ومال الزّيلعيّ رحمه الله تعالى إلى أنّ التّأقيت ليس بشرط في خيار التّعيين، لأنّه لافائدة للتّوقيت. ولكن قال ابنُ نجيم رحمه الله تعالى في بيان فائدة التّوقيت: "ارتفاع العقد فيهما بمضيّ المدّة من غير تعيين، بخلاف مُضيها في خيار الشّرط، فإنّه إجازة، ليكون لكلّ خيار ما يُناسبه." (البحر الرائق ٤: ٣٧)

www.besturdubooks.wordpress.com

الله تعالى بأنّه لم يستند في ذلك إلى نقل.[١] والّذي يظهر من عامّة كتب الحنفيّة أنّ البيعَ لاينفسخ بعدَ انتهاء مدّة خيار التّعيين، بل يُجبر مَن له الخيارُ على التّعيين، وعلّلوه بأنّ البيعَ قد انبرم في أحدهما بمجرّد العقد، ومتى انبرم البيع، صارالمشتري بمنزلة الشّريك المختلطِ مالُه بمال غيره، فيُجبر على التّعيين، كما يُجبر الشّريكُ على القسمة إن طالب ذلك الشّريكُ الآخر.[٢] وفائدةُ ضرب المُدّة في خيار التّعيين أنّ الآخرَ لايستطيع أن يجبُره على التّعيين قبل مُضيِّ المدّة، ليتمكّنَ مَن له الخيارُ مِن التّروّي في اختيار أحدهما، وليحصُل المقصودُ الّذي من أجله شُرع الخيار.[٣]

٤٢٠ - هل يجوز خيارُ التّعيين في أكثر من ثلاثة؟

الشّرطُ الرّابع عند الحنفيّة: أن لاتزيدَ الأفرادُ المختارُ منها على ثلاثة. فلايجوز خيارُ التّعيين في أكثرَ من ثلاثة أفراد. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "والحاجةُ تندفع بالتّحرّي في ثلاثة، لاقتصار الأشياء على الجيّد والوسط والرّديئ، فيبقى الحكمُ في الزيادة مردوداً على أصل القياس، ولأنّ النّاس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك...ولاتعامُلَ فيما زاد على الثّلاثة، فبقي الحكمُ فيه على أصل القياس."[٤]

أمّا المالكيّة، فيُجيزون الخيارَ في أكثر من ثلاثة، إن كانت من صنف واحد. جاء في المدوّنة: "أرأيتَ إن قال: أنا آخذ منك ثوبين من هذه الأثواب، وهي عشرون ثوباً

---

(١) ردّ المحتار، مطلب في خيار التعيين ١٤: ٣١٨ و ٣١٩ فقره ٢٢٧٦٥

(٢) فتح القدير ٥: ٥٢٣

(٣) الحواشي السّعديّة على فتح القدير ٥: ٥٢٢ وشرح مجلّة الأحكام للأتاسي، ٢: ٢٦٤ مادة ٣١٧

(٤) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

بعشرة دراهم، على أني بالخيار ثلاثاً، آخذ أحدهما بعشرة دراهم، أيجوز هذا في قول مالك أم لا؟ قال: ذلك جائز. قلت: وسواء إن كانا ثوبين، أو أثواباً كثيرة، فاشترى منها ثوباً يختاره، وضرب لذلك أجلاً أياماً؟ قال: نعم، هو سواء عند مالك."[1]

وما ذكرنا عن الكاساني رحمه الله تعالى في علة التقييد بالثلاث من أنه لا حاجة في أكثر من ثلاث لاشتمالها على الجيد والرديء والوسط، مقتضاه أن يجوز في أكثر من ثلاثة، إذا ثبتت الحاجة إليها. وإن تنوع المنتجات اليوم لم يقصر التفاوت على الجيد والرديء والوسط، بل هناك ألوان وصناعات في كل من الجيد والرديء والوسط، والحاجة داعية إلى خيار التعيين في أكثر من ثلاثة، لكثرة الأنواع والأوصاف، وقد جرى التعامل بذلك. فلا مانع من إثبات الخيار في أكثر من ثلاثة. والله سبحانه أعلم.

ثم هل يجوز أن يقع الاختيار على واحد، أو يجوز أن يكون الخيار في أخذ أكثر من واحد؟ لم أجد فيه نصاً من الحنفية، ولكن صرح المالكية بجواز ذلك. قال القرافي رحمه الله تعالى: "يجوز شراء ثوب من ثوبين بخياره، أو خمسين من مائة إن كانت جنساً واحداً."[2] والظاهر أن مذهب الحنفية لا يأبى ذلك.

ويجوز اشتراط خيار التعيين في جانب البائع، كما يجوز في جانب المشتري، كما في

---

(١) المدونة الكبرى، آخر كتاب بيع الخيار ٣: ٢٣٤ وراجع أيضاً الذخيرة للقرافي ٥: ٣٢ والتاج والإكليل للمواق بهامش الحطاب ٤: ٣٦٤

(٢) الذخيرة للقرافي ٥: ٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

جامع الفصولين.(١) صورتُه أن يقولَ المشتري: اشتريتُ منك أحدَ هذين الثوبين على أن تُعطيَني أيَّهما شئت بالثمن الذي تَعيَّن له، فله أن يُلزم المشتري أيَّهما شاء، إلاّ إذا تعيَّب أحدُهما فليس له أن يُلزِمه المعيَّب إلاّ بِرضاه.(٢)

٤٢١ - هل يُشترط خيار الشّرط مع خيار التّعيين؟

ثم اشترط بعضُ الحنفيّة لجواز خيار التّعيين أن يكونَ مقروناً بخيار الشّرط، بمعنى أن يَشترط مَن له خيارُ التّعيين أنّه يكون على خيار الشّرط بعد التّعيين. ولكن صحّح فخرالإسلام أنّ ذلك ليس بشرط لجواز خيار التّعيين. وهو الّذي مشى عليه المتأخّرون.(٣) ولكن يجوز أن يشترط أحدُهما خيارَ الشّرط مع خيار التّعيين، بأن يقول: لي خيارُ التّعيين في أحد هذين الشّيئين، ثمّ يكون لي الخيارُ بعد التّعيين أن أفسخ البيعَ فيه إلى ثلاثة أيام. فيأخذُ كلُّ واحد من الخيارين حُكمَه، كما يجوزُ أن يشترط لنفسه خيارَ الشّرط في أحدهما بغير عينه مع خيار التّعيين، فيَسقطَ خيارُ الشّرطِ بعد ثلاثة أيام، وينبرم البيعُ في أحدهما، ويكونُ له خيارُ تعيينه في ثلاثة أيامٍ أخرى.(٤)

٤٢٢ - هلاك المبيع عند اشتراط خيار التّعيين

ثمّ إن كان خيارُ التّعيين للمشتري، فهلك أحدُهما أو تعيّب، لزم البيعُ فيه بثمنه عند الحنفيّة، لأنّ المعيبَ ممتنعُ الرّدّ، فتعيّن هو مبيعاً، لأنّ ردّه إنّما يكون إذا لم يتعيّن مبيعاً، فإن ادّعى أنّه

---

(١) جامع الفصولين ١: ٣٣٤

(٢) شرح المجلّة للأتاسي ٢: ٢٦١ مادة ٣١٦

(٣) راجع فتح القدير ٥: ٥٢٢ للتفصيل

(٤) فتح القدير ٥: ٥٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

اختارَ ماهو سالمٌ من الهلاك أو العيب، لم يُقبل قولُه، لأنّه في دعواه ذلك متهم، فكان التعيُّب اختياراً دلالة، وتعيّن الآخرُ للأمانة، حتىٰ إذا هلك الآخرُ بعد هلاك الأول، أو تعيّب (بدون تعدٍّ منه) لايلزم عليه من قيمته شيئ، فإن قيل: قبضُ الآخرِ لايكونُ أقلَّ من المقبوض على سوم الشراء، وهناك تجبُ القيمةُ عند الهلاك، أجيب بأنه أقلُّ من ذلك، لأنَّ المقبوضَ على سوم الشّراء مقبوضٌ على جهة البيع، وهذا ليس كذلك، لأنّه لم يقبض الآخرَ ليشتريَه، وقد قبضَه بإذن المالك، فكان أمانة. ولو هلكا جميعًا معًا في يد المشتري، سواء أكان الخيارُ له أم للبائع، يلزم المشتريَ نصفُ ثمن كلِّ واحدٍ منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما، وكذا إذا هلكا على التّعاقب ولم يُدرَ السّابقُ منهما.[1]

أمّا المالكيّة، فعندهم في ضياع أحدهما قولان: الأول: أنَّ التّالفَ يكون مشتركاً بينهما، وكذلك الذي سَلِم من الضّياع يكون مملوكاً لهما على وجه الشّيوع، والمشتري عليه نصفُ ثمن كلٍّ منهما.

والقول الآخر: إنَّ المشتريَ يلزمه نصفُ ثمن التّالف، وله ردّ الثّاني.

أمّا إذا تلف كلٌّ واحد منهما بيد المشتري، فمنهم من قال إنّه يضمن واحداً ومنهم من قال: يضمن الاثنين. وفيه أقوال أخرى.[2]

---

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥: ٥٢٤ وراجع أيضا البحر الرائق ٦: ٣٥

(٢) وليراجع للتفصيل الذّخيرة للقرافي ٥: ٤٨ والدّسوقي ٣: ١٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٢٣- جريان الإرث في خيار التّعيين

وخيارُ التّعيين يجري فيه الإرث عند الحنفيّة والمالكيّة،[١] بخلاف خيار الشّرط على قول الحنفيّة، ووجه الفرق على قولهم أنّ ما فيه خيارُ التّعيين اختلط بملك المورث، فصار ميراثاً، ولا يحصل الملك عند خيار الشّرط.[٢] ولكنّ جريان الإرث معناه هنا أنّ ورثته يُمارس خيارَ التّعيين. ويؤدي الثّمنَ من التّركة، لأنّه دينٌ على المورث. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٢٤- خيار النّقد

خيارُ النّقد ما يُعطي البائعَ حقّ فسخ البيع إن لم ينقُد المشتري الثّمنَ إلى مدّة معيّنة في العقد، مثلَ أن يقول المشتري: "إن لم أنقُد الثّمن إلى مدة كذا، فلا بيعَ بيننا." أو يقول البائع: "إن لم تنقُد الثّمن في خلال ثلاثة أيّام، فلا بيعَ بيننا." وجعله بعضُ الفقهاء نوعاً من خيار الشّرط. ولكنّه يختلف عنه في أنّ البيعَ ينفسخ بمضيّ المدّة تلقائياً، بخلاف خيار الشّرط، حيثُ يلزم فيه البيعُ بمُضيّها إذا لم يُفسخ فيها.

وإنّ هذا الخيارَ مشروعٌ عند الحنفيّة والحنابلة. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "فإن قال: بعتُك على أن تنقُدني الثّمن إلى ثلاث، أو مدة معلومة، وإلاّ فلا بيعَ بيننا، فالبيعُ صحيح، نصّ عليه، وبه قال أبو حنيفة، والثّوريّ، وإسحق، ومحمّد بن الحسن."[٣]

ثمّ إنّ خيار النّقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتقيّد بثلاثة أيّام، كما هو مذهبه في

---

(١) الذخيرة للقرافي، القسم الثاني من كتاب البيوع ٥: ٣٥ والهداية مع فتح القدير ٥: ٥١٥

(٢) الهداية مع فتح القدير، باب خيار الشرط ٥: ٥١٥

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ١١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

خيار الشرط. وأمّا الحنابلة ومحمّد بن الحسن رحمهم الله تعالى، فيجوز عندهم إلى أيّ مدّة معلومة، ولايتقيّد بثلاثة أيام، جرياً على أصلهم في خيار الشّرط. أمّا أبويوسف رحمه الله تعالى، فيُفرّق بين خيار الشّرط، حيثُ يجوّزه لما فوق ثلاثة أيام، وبين خيار النّقد، حيثُ لايُجوّزه لما فوقها. وبيّن صاحبُ الهداية وجهَ الفرق عنده أنّه أخذ في خيار الشّرط بالأثر. (يعني أثر ابن عمر رضي الله عنهما في جواز شرط الخيار إلى أكثر من ثلاثة أيام) وأخذ في خيار النّقد بالقياس."[1]

وخيارُ النّقد غيرُ مشروع عند الشّافعيّة حسب مذهبهم الرّاجح. قال النوويّ رحمه الله تعالى: " لو اشترى شيئًا بشرط أنّه إن لم ينقُدْه الثّمنَ في ثلاثة أيام فلا بيعَ بينهما، أو باع بشرط أنّه إن ردّ الثّمنَ في ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فوجهان حكاهما المتولي وغيرُه: أحدهما: يصحّ العقدُ ويكون تقديرُ الصّورة الأولى أنّ المشتريَ شرطَ الخيارَ لنفسه فقط، وفي الثّانية أنّ البائعَ شرطه لنفسه فقط، وهذا قولُ أبي إسحق، قال: لأنّ عمر بن الخطّاب رضي الله عنه أجاز ذلك، والثّاني: وهو الصّحيح باتّفاقهم وبه قطع الرُّويانيّ وغيرُه أنّ البيعَ باطلٌ في الصّورتين، لأنّ هذا ليس بشرط خيار، بل هو شرطٌ فاسدٌ مُفسِدٌ للبيع، لأنّه شرطَ في العقد شرطًا مطلقًا، فأشبه ما لو باع بشرط أنّه إن قدم زيدٌ القومَ فلا بيعَ بينهما."[2]

وقد رُوِيَ عن الإمام مالك رحمه الله تعالى في هذا الباب ثلاثُ روايات: الأولى: أنّ البيعَ بهذا الشّرط باطل، كما هو مذهب الشّافعيّ رحمه الله تعالى. والثّانية: أنّ البيعَ جائزٌ والشّرط نافذ، كما هو مذهب الحنفيّة والحنابلة. والثّالثة: أنّ البيعَ صحيحٌ،

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٥: ٥٠٢ و٥٠٣

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ١٩٣

www.besturdubooks.wordpress.com

والشّرط باطل. وهذه الرّواية الثّالثة هيَ الّتي اقتصر عليها في المدوّنة، ومشى عليه خليل في مختصره.

ثمّ قال بعض المالكيّة إنّ معنى بطلان الشّرط أنّ الثّمن يجب حالاً، وقال بعضهم: إنّه يُعتبر مؤجّلاً إلى المدّة المضروبة، ولكن لايُفسخ البيع إن لم ينقُد الثّمن عند الأجل، بل لايزال البائع يُطالبه به. وهو الّذي اختاره خليل في مختصره.[1]

وقد صرّح فقهاء الحنفيّة بأنّه لولم ينقُد المشتري الثّمن إلى الوقت المحدّد، كان البيعُ فاسداً، وليس مفسوخاً، وفرّعوا عليه أنّ المشتريَ لو أعتق العبدَ المبيعَ بعد المدّة المحدّدة، نفذ عتقُه إن كان في يده، وعليه قيمتُه. ولاينفذ العتق إن كان العبد في يد البائع.[2] وذلك لأنّ البيع فسد بمضيّ المدّة بدون نقد الثّمن، وتصرّف المشتري في البيع الفاسد إنّما ينفذ بعد قبضه، لا قبله، لأنّه لايملكه بدون القبض. وينبغي أن يكون الحكم كذلك إذا باع المشتري المبيعَ بعد مضيّ المدّة، فإن كان قبضه، نفذ البيع ووجب عليه المثل أو القيمة، لكونه في حكم المقبوض ببيع فاسد.

أمّا إذا باع المشتري المبيعَ خلال المدّة المحدّدة، ولم ينقُد الثّمن، جاز البيع ووجب عليه الثّمن.[3]

---

(۱) هذه خلاصة ما في حاشية الدّسوقيّ على شرح الدّردير ۳: ۱۷۵ و ۱۷٦

(۲) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ۲: ۲۵۸ المادة ۳۱٤ عن الخانية

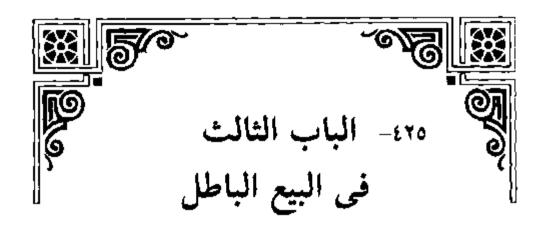
(۳) نقل ابن عابدين عن النّهر الفائق: "ثمّ لو باعه المشتري، ولم ينقُد الثّمن في الثلاث، جاز البيع وكان عليه الثّمن." (رد المحتار ١٤: ٢٦٩ فقره ٢٢٦٣٩) والظّاهر أنّ قوله :في الثلاث" متعلق بقوله "باع" أي "باع في أثناء الثلاثة أيّام المضروبة للنّقد. أمّا إذا باع بعد مضيّ المدّة، فظاهر القول بفساد البيع بمضيّ المدّة أنّه يجري عليه أحكام ما اشتراه الرجل ببيع فاسد، فتجب عليه القيمة كما في الإعتاق.

www.besturdubooks.wordpress.com

ولو حدث بالمبيع عيب لا بفعل أحد، ثمّ مضت الأيام، ولم ينقد المشتري الثمن، خُيّر البائع: إن شاء أخذه مع النّقصان، ولا شيئ له من الثّمن، وإن شاء تركه وأخذ الثّمن.

ولا يجري الإرث في خيار النّقد. فإذا مات المشتري المخيّر بخيار النّقد في أثناء مدّة الخيار، بطل البيع.

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٢٥- الباب الثالث
فى البيع الباطل

اختلف الفقهاء في تعريف البيع الباطل. وذلك لأنّ الحنفيّة هم الّذين انفردوا من بين الأئمة الأربعة بالتّفريق بين البيع الباطل والبيع الفاسد. أمّا الأئمة الثلاثة، فإنّهم لا يُفرّقون بينهما، فكلّ بيع فاسد باطلٌ عندهم. وعلى هذا الأساس، عرّفوا البيع الباطلَ بأنّه مالم يترتّب عليه أثرُه، فلم يُثمِر ولم تحصُل به فائدته من حصول الملك.[1]

أمّا الحنفيّة، فإنّهم يُفرّقون بين البيع الباطل والبيع الفاسد، بأنّ الباطل ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً. والفاسد هو ما لا يصحّ وصفاً.[2] والّذى يظهر من كلام الفقهاء الحنفيّة أنّ البطلان بهذا المعنى إنّما يحصُل بخللٍ فى ركن البيع أو فى محلّه.[3] والمرادُ من ركن البيع الإيجاب والقبول، ومن محلّ البيع المبيعُ والثّمن. فالبيعُ الباطل عند الحنفيّة ينقسم إلى قسمين:

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٩: ٥٢ "البيع الباطل"

(٢) العناية مع فتح القدير ٦: ٤٢

(٣) ردّالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٥٣٧ و ٥٣٨ فقره ٢٣٢٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٢٦- الأول: ما بطل بسبب قصورٍ في الإيجاب أو القبول

وله صور آتية:

١- أن يكون أحدُ العاقدين مجنوناً، أو صبياً غير مميّز. وقد فصّلنا مسائلَ ذلك في أحكام المتعاقدين.

٢- أن يكون البيع معلّقاً على شرط، أو مُضافاً إلى المستقبل، فإنّ البيع لايقبل التّعليق ولا الإضافة. وقد بسطنا الكلامَ على ذلك في الشّرط الأوّل والثّاني من الشّروط الّتي ترجع إلى صُلب العقد. وبما أنّ البيع لايقبل التّعليق والإضافة، فصار الإيجابُ كالمعدوم، ومن هذه الجهة دخل البيع في البيوع الباطلة.[1] وسيأتي في البيع الفاسد اختلافُ عبارات الحنفيّة في ذلك.

٣- أن يكون الشّخصُ الواحد عاقداً من الجانبين، فإنّ الواحد لايتولّى طرفي العقد، وقد فصّلنا مسائله في أحكام المتعاقدين تحت عنوان "تعدّد العاقدين". وإنّما يدخل هذا القسم في البيوع الباطلة لما ذكر الفقهاء الحنفيّة تعدّدَ العاقدين من شروط انعقاد البيع، لا من شروط صحّته أو نفاذه.[2]

٤- أن لايكون القبولُ موافقاً للإيجاب، أو كان القبولُ بعد سقوط خيار القبول، وقد ذكرناه في مباحث الإيجاب والقبول.

---

(١) وممّا يدلّ على كونه باطلاً، لافاسداً، قول الدّرّ المختار: "كلّ ما كان من التمليكات أو التقييدات، كرجعة، يبطل تعليقه بالشرط." (ردالمحتار ٤: ٤٥٨ و٤٥٩)

(٢) راجع بدائع الصنائع ٤: ٣٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٣٧- والثاني: ما بطل بسبب انعدام مالية المبيع أو الثمن شرعاً.

ويدخل فيه صور آتية:

١- بيع الخمر أو الخنزير أو الميتة أو الدم المسفوح أو الحرّ، وكلّ ما لايعتبر مالاً في الشرع.(١)

أمّا الخمر والخنزير، فالمذهب عند الحنفيّة أنّهما إن تعيّنا مبيعاً، فالبيع باطل، وإن تعيّنا ثمناً أو أمكن جعلهما ثمناً كما في المقايضة، بأن بيعت الثّياب بالخمر أو الخنزير، فالبيع فاسد. وقد ذكر منلا مسكين في شرح الكنز ضابطه بقوله: "إنّ أحد العوضين إذا لم يكن مالاً في دين سماويّ، فالبيع باطل، سواء كان مبيعاً أو ثمناً، فبيع الميتة والدّم والحرّ باطل، وكذا البيع به. وإن كان في بعض الأديان مالاً، دون البعض، إن أمكن اعتباره ثمناً، فالبيع فاسد، فبيع العبد بالخمر، أو الخمر بالعبد فاسد. وإن تعيّن كونه مبيعاً، فالبيع باطل. فبيع الخمر بالدّراهم أو الدّراهم بالخمر باطل."(٢)

والفرق في الحكم أنّ في حالة كونهما مبيعاً، لايترتّب على البيع أثر. وفي حالة كونهما ثمناً، البيع فاسد في المبيع إذا كان مالاً متقوّماً شرعاً،(٣) فيثبت ملك المشتري فيه بعد القبض، وباطل في الخمر أو الخنزير، فيجب فسخه وعلى البائع قيمة المبيع.

ووجه الفرق بين كون الخمر مبيعاً، وبين كونه ثمناً، حسبما ذكره صاحب الهداية: "أنّ

---

(١) ردّ المحتار، باب البيع الفاسد ٤: ٥٣٧ و ٥٣٨

(٢) شرح منلا مسكين، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد ص ١٧٦ كما أحال عليه محقق ردّ المحتار ٤: ٥٣٨

(٣) قال في الدرّ المختار: "وإن بيعت بعين، كعرض، بطل في الخمر وفسد في العرض، فيملكه بالقبض بقيمته." (مع ردّ المحتار ٤: ٥٥٦)

www.besturdubooks.wordpress.com

الخمر مال، وكذا الخنزير مالٌ عند أهل الذمّة، إلاّ أنّه غير متقوم، لما أنّ الشّرع أمر بإهانته وترك إعزازه، وفي تملّكه بالعقد مقصوداً إعزازٌ له، وهذا لأنّه متى اشتراهما بالدّراهم، فالدّراهم غير مقصودة، لكونها وسيلة، لما أنّها تجب في الذّمّة، وإنّما المقصودُ الخمر، فسقط التقوّم أصلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثّوبَ بالخمر، لأنّ المشتريَ للثّوب إنّما يقصد تملّك الثوب بالخمر، وفيه إعزازٌ للثّوب دون الخمر، فبقيَ ذكر الخمر معتبراً في تملّك الثّوب، لافي حقّ نفس الخمر حتّى فسدت التّسمية، ووجبت قيمةُ الثّوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمرَ بالثّوب، لأنّه يُعتبر شراءَ الثّوب بالخمر، لكونه مقايضة."

ووجّهه ابن الهمام بقوله: "والعكسُ (يعني جعل الخمر مبيعاً والثوب ثمناً) وإن كان ممكناً، لكن ترجّح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط، للقرب من تصحيح تصرّف العقلاء المكلّفين باعتبار الإعزاز للثّوب مثلاً، فيبقى ذكر الخمر معتبراً لإعزاز الثّوب، لاالثّوب للخمر، فوجبت قيمةُ الثوب لاالخمر."[١]

هذا تفسيرُ ما ذكره أكثر فقهاء الحنفيّة، وهو الّذي ذكرناه في شروط المبيع. ولكن لم يقبَلْه ابنُ الهمام رحمه الله تعالى، وذهب إلى أنّ البيع باطلٌ في كلا الوجهين، سواء أكان الخمر أو الخنزير مبيعاً، أم ثمناً، فقال:

"إلاّ أنّي أقول وبالله التّوفيق: مع ذلك إنّ الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا، فإنّ الشارع أهانهما بكلّ وجه، حتّى لعن حاملها ومعتصرها مع أنّها مقصودةٌ

---

(١) فتح القدير، باب البيع الفاسد ٦: ٤٤

حال الاعتصار، بل الموجود حينئذ نية أن يصير خمراً، وبائعها وآكل ثمنها، وهي مالٌ في شرع أهل الكتاب على زعمهم، وحيث أُمرنا أن نتركهم وما يدينون، فقد أُمرنا باعتبار بيعهم إياها وبيعهم بها. فإذا كان أحد العوضين خمراً أو خنزيراً في بيع المسلم، فهو باطلٌ لايفيد الملك في البدل الآخر، وإن كان ثمناً. وإن كان في بيعهم، فصحيح.[1]

وهذا كلامٌ في غاية الوجاهة، والله سبحانه أعلم.

وأمّا الميتة والدّم، فقد فصّلنا أحكامهما في الشّرط الثّاني من شروط المبيع.

٢- ويدخل في البيع الباطل بيعُ المعدوم، وبيعُ ماليس بمالٍ متقوّم شرعاً، وبيع غير المملوك، وقد استوفينا الكلام على ذلك في شروط المبيع والحمد لله تعالى.

٣- وذكر الفقهاء من البيع الباطل بيعَ اللّبن في الضّرع، لأنّه لايُعلم أنّه لبنٌ، أو دمٌ، أو ريحٌ، فصار مشكوكَ الوجود، فلايكون مالاً.[2] وبه قال الشّافعيّ وأحمد وإسحاق رحمهم الله تعالى. ونهى عنه ابن عبّاس وأبوهريرة رضيَ الله تعالى عنهما. وكرهه طاوس ومجاهد، وحُكي عن مالك أنّه يجوز أيّاماً معلومةً إذا عرفا حِلابها لسقي الصّبي كلبن الظّئر. وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمّد بن مسلمة. وللمانعين ما روى ابنُ عباس رضي الله تعالى عنهما من أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى أن يُباع صوفٌ على ظهر، أو لبن في

---

(١) فتح القدير ٦: ٩٤
(٢) ردّالمحتار ١٤: ٥٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

ضرع. رواه الخلاّل بإسناده،[1] ولأنّه مجهول الصفة والمقدار، فأشبه الحملَ، لأنّه بيعُ عينٍ لم تُخلق، فلم يجزْ كبيع ما تحمل النّاقة. أمّا لبن الظّئر، فإنّما جاز للحضانة، لأنّه موضع حاجة.[2]

٤- وكذلك بيعُ الصّوف على ظهر الغنم أدخله الفقهاء الحنفيّة في البيوع الباطلة عند أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى، لأنّه قبل الجزّ ليس بمالٍ متقوّم في نفسه، لأنّه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه. و رُوي عن مالك و أبي يوسف رحمهما الله تعالى جوازُه، كما في الهداية.[3] واختلفت الرّوايات عن أحمد رحمه الله تعالى. فرُوي أنّه لايجوز بيعُه، لما ذكرنا من الحديث، ولأنّه متّصلٌ بالحيوان فلم يجُز إفرادُه بالعقد كأعضاء، ورُوي عنه أنّه يجوز بشرط جزّه في الحال، لأنّه معلومٌ يُمكن تسليمُه فجاز بيعه، كالرُّطبة، وفارقَ الأعضاء، فإنّه لايُمكن تسليمُها مع سلامة الحيوان، والخلافُ فيه كالخلاف في اللّبن في الضّرع.[4]

وذكر الفقهاء من البيع الباطل بيعَ التُّراب، لأنّه ليس بمال متقوّم، ولكن ذكر ابنُ

---

(١) قال الزيلعيّ رحمه الله تعالى في نصب الراية في هذا الحديث: "روي موقوفا ومرفوعا مسندا ومرسلا." ثمّ ذكر المرفوع المسند عن الطبراني والبيهقيّ والدارقطنيّ كل واحد منهم أخرجه عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما. وذكرعن البيهقيّ أن الذي تفرد برفعه عمربن فروخ، وليس بالقويّ، ولكن ذكرالزيلعيّ عن شيخه الذهبيّ توثيقه عن أبي داود وابن معين وأبي حاتم. وأما طريقه المرسل عن عكرمة، فأخرجه أبوداود في المراسيل وابن أبي شيبة في مصنفه، وطريقه الموقوف على ابن عباس أخرجه أبوداود في المراسيل والشافعيّ، وقال البيهقيّ: وروي مرفوعا، والصحيح موقوف. (راجع نصب الراية، كتاب البيوع ٤: ١١و١٢)

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٦

(٣) ردّالمحتار ١٤: ٥٨١

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

عابدين رحمه الله تعالى أنّ المراد من التّراب الّذي يبطُل بيعُه هو التُّراب القليل مادام في محلّه، وإلاّ فقد يعرض له بالنّقل ما يصير به مالاً معتبراً. فظهر أنّ التّراب الّذي يُباع لاستخدامه في تهيئة الأرض للبناء وغيره جائز.

٥- ويدخل في البيع الباطل إذا كان المبيعُ غيرَ المسمّى في العقد، مثلَ أن يقول البائع: بعتُك هذا الياقوتَ بكذا، فإذا هو زُجاج، أو قال: بعتك هذاالثوب على أنّه حرير، فإذا هو كتّان. وعلّله الفقهاء بأنّه معدوم. وقال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"والأصل في هذا أنّ الإشارةَ مع التّسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلُح محلاًّ البيع، يُنظر: إن كان المُشارُ إليه من خلاف الجنسِ المسمّى فالعبرةُ بالتّسمية، ويتعلّق العقدُ بالمسمّى، وإن كان من جنسه، لكن يُخالفه في في الصّفة، فإن تفاحش التّفاوتُ بينهما فالعبرةُ للتّسمية أيضاً عندنا، ويلحقان بمختلفي الجنس. وإن قلّ التّفاوت، فالعبرةَ للمشار إليه، ويتعلّق العقد به. وإذا عُرف هذا، فنقول: الياقوت مع الزّجاج جنسان مختلفان: وكذا الهرويّ مع المرويّ نوعان مختلفان، فيتعلّق العقد فيه بالمسمّى، وهو معدوم، فيبطل ولا ينعقد."[1]

والظّاهر أنّ الثّوب إن كان نوعُه مخالفاً للمسمّى، مثل أن يقع العقد على حرير، فيتبيّن أنّه كتّان، فالبيع باطلٌ، وإن كان من نفسِ النّوع وغير الصّناعة المسمّاة، مثل أن يبيع الثّوب اليابانيّ، فيظهرُ أنّه كُوريٌّ من نفس النّوع، فالبيعُ صحيح وللمشتري الخيار، لأنّ الصّنعة المخصوصة أمرٌ مرغوبٌ فيه، وقد فات، فيثبتُ خيارُ فوات الوصف. وله نظائر كثيرة.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٢٨ و٣٢٩ ومثله في كشاف القناع عند اختلاف الجنس أو النّوع ٣: ١٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٢٨- بيع ما يصح بيعه ومالا يصح في صفقة واحدة

وإن وقع البيعُ بصفقةٍ واحدةٍ على شيئين، أحدُهما ما بيعُه باطل، وثانيهما ما بيعُه صحيح، فاتفق الفقهاء في صورة منه، وهي أن يكون أحدُ المبيعَين غيرَ معلوم، مثل أن يبيع فرساً وما في بطن فرسٍ أُخرى بصفقةٍ واحدة، فالبيعُ باطلٌ في الكل. قال ابنُ قُدامة رحمه الله تعالى:

"ولا أعلم في بطلانه خلافاً، لأنّ المجهولَ لا يصحّ بيعُه لجهالته، والمعلومُ مجهولُ الثمن، ولا سبيلَ إلى معرفته، لأنّ معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما، والمجهولُ لا يُمكن تقويمُه، فيتعذّر التقسيط."[1]

والظاهر أنّ مثلَه في الحكم ما إذا كان أحدُ المبيعين معدوماً. وقد يقع في عصرنا أنّ رجالاً يشتركون في مشروع مُجمّع سَكَنيّ أو تجاريّ، فيشترون أرضاً لبناء المشروع، فيُريد أحدهم أن يبيعَ حصّتَه في ذلك المشروع قبل أن يشرَعوا في البناء، وإنّ حصّتَه في المشروع يُمثّل حصّةً مُشاعةً في الأرض، وحصّةً في البناء الّذي لم يوجد بعد، فبيعُ الحِصّة يشتمل على ما هو موجود، وهو الأرض، وما هو معدوم، وهو البناء المقترح. فلا يصحّ هذا البيعُ عند أحد. ولكنّ الطّريق الجائز لذلك أن يبيعَ حصّتَه في الأرض، ويفسخ شركتَه في المشروع باستعادة ما شارك به في المشروع، ثمّ الّذي يشتري الأرضَ يُشارك في المشروع بماله بإذن باقي الشّركاء، والله سبحانه أعلم.

أمّا إذا كان المبيعان موجودَين معلومَين، فاختلفت فيه أقوالُ الفقهاء حسبَ ما يأتي:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٩١ و ٢٩٢

٤٢٩ـ مذهب المالكيّة

مذهبُ المالكيّة أنّه كلّما جمعَ في الصَّفقة بين ما يحلّ بيعُه وما لا يحلّ، وقد دخل أحدُهما أو كلاهما على علم الحرمة، فالبيعُ كلُّه باطل. أمّا إذا لم يكُن أحدُهما يعلمُ بالحرمة، كما إذا اشترى قُلّتي خلّ، فإذا إحداهما خمر، أو اشترى دارين، فتبيّن أنّ إحداهما وقف، أو شاتين مذبوحتين، فظهر أنّ إحداهما ميتة، فإنّ للمشتري الخيارَ بالتّمسّك بالباقي بما يخصّه من الثّمن، إذا كان ذلك الباقي، وهو الحلالُ، وجهَ الصّفقة، وكان الحرامُ أقلّها. أمّا إن كان الحرامُ أكثرَ الصّفقة، وجب ردُّ الجميع، أو التّمسّك بالحلال بجميع الثّمن، ولا يجوز التّمسّك به بما يُقابله من الثّمن فقط.[1]

٤٣٠ـ مذهب الحنفيّة

أمّا الحنفيّة، فما بطل بيعُه ينقسم عندهم على قسمين: الأوّل: ما ليس فيه إمكانُ صحّة البيع على قول أحد من المجتهدين، مثلُ الحرّ والميتة والخمر والخنزير. والثّاني: ما فيه إمكانُ صحّة البيع، إمّا لأنّه يحتمل الإجازةَ من مُجيز، مثل بيع ملك الغير، فإنّه يصحّ بإجازة ذلك الغير، وإمّا لأنّ بيعه مجتهدٌ فيه، فيصحّ على قول بعض الفقهاء، وقضاء القاضي به، مثل بيع المدبّر، والمكاتب، أو يصحّ في بعض الحالات، مثل الوقف.

فأمّا إذا ضُمّ ما يصحّ بيعُه بالقسم الأوّل، مثلُ بيع العصير والخمر، أو بيع عبد وحرّ، أو بيع شاة ذكيّة مع شاة ميتة في صفقة واحدة، بطل البيعُ في كلٍّ منهما عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإن سمّى البائعُ لكلّ واحدٍ منهما ثمناً مستقلاً. وقال صاحباه: يبطُل في الكلّ إن لم يُسمّ لكلّ واحد منهما ثمناً. أمّا إذا فصّل ثمنَ كلٍّ على حدته،

---

(١) الدّسوقي على الدّردير ٣: ١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

جاز البيعُ فيما يصحّ بيعُه بثمنه المسمّى، مثل العصير، والعبد، والشّاة الذّكيّة في الأمثلة المذكورة.

وبناءُ الخلاف بينهم أنّ الصّفقةَ لا تتعدّد عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى بتفصيل الثّمن لكلّ واحدٍ منهما، بل هي صفقةٌ واحدة، فكأنّ قبولَ البيع في الخمر شرطٌ لقَبوله في العصير. وبالتّالي، فإنّه لو صحّ البيعُ في العصير وغيره، لزم تفريقُ الصّفْقة قبل التّمام. أمّا عندالصّاحبين، فإنّ تفصيلَ الثّمن لكلّ واحدٍ منهما جعلَه بمنزلة صفْقتين، فتصحيحُ البيع في واحدٍ منهما لايستلزم تفريقَ الصّفقة.

وأمّا إذا قُرن ما يصحّ بيعُه بالقسم الثّاني، يعني بما يُمكن تصحيحُ البيع فيه على قول أحد المجتهدين، فإنّ البيعَ يصحّ باتّفاق بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه فيما يصحّ بيعُه بحصّته من الثّمن. وهذا القسم على أنواع:

الأوّل: أن يضُمّ البائعُ مِلكه بمِلك غيره، فيبيعهما صفقةً واحدة. فإنّه وإن كان بيعُ مِلك الغير وهو لا يجوز، ولكنّه يحتملُ الإجازةَ من المالك. ولذلك دخل في القسم الثّاني. فيصحّ البيعُ فيما يملكه البائع بحصّته من الثّمن، ويبطُل في مِلك الغير إن لم يُجِزْه ذلك الغير.

والنّوع الثّاني: أن يضمّ ما يصحّ بيعُه بالإجماع بما لا يصحّ بيعُه عند الحنفيّة، ويصحّ عند بعض المجتهدين، مثلَ أن تُباع شاةٌ ذكيّةٌ مع متروك التّسمية عامداً.[1] فإنّ متروك

---

(١) وجعل صاحب الهداية والعناية متروك التّسمية من القسم الأوّل، وذلك بناءً على أنّهم لم يعتبروا حلّه مجتهداً فيها، لمخالفته النّصّ الصّريح، وذلك مبنيّ على عبارة للقدوريّ. ولكنّ الرّاجح أن المسئلة مجتهد فيها، وليس مراد القدوريّ إخراجه عن المسائل المجتهد فيها، كما فصّلته في كتابي "أصول الإفتاء وآدابه" ص ٢٣١ في مسئلة نفاذ القضاء. ولذلك ذكرته في القسم الثّاني.

www.besturdubooks.wordpress.com

التسمية. وإن لم يكن حلالاً عند الحنفية، فإنه حلالٌ في مذهب الشافعية.[١] ومثل أن يُباع قِنٌّ بمدبّر، فإنّ بيعَ المدبّر وإن لم يكن جائزاً عند الحنفية، فإنه جائزٌ عند الشافعيّ وغيره، ولذلك يحتمل أن يُجيزه قاضٍ من القضاة. ولهذا دخل هذا النوع في القسم الثاني. وحكمُه أنّ البيعَ في الشاة المذكّية والقِنّ صحيحٌ بحصته من الثمن.

والنوع الثالث: أن يُضَمّ ما يصحّ بيعُه بما لا يصحّ بيعُه في عامّة الأحوال، ولكن يُمكن أن يصحّ بيعُه في بعض الحالات، مثل أن تُباع أرضٌ مملوكةٌ مع أرضٍ موقوفة في صفقةٍ واحدة، فإنّ الوقفَ لا يصحّ بيعُه في عامّة الحالات، ولكن يصحّ بيعُه بالاستبدال بشروطه. ولذلك دخل الوقف في القسم الثاني. فلو قُرِن بيعُ الأرض المملوكة بالأرض الموقوفة، صحّ البيعُ في المملوكة بحصته من الثمن. وهذا الحكم عامٌّ، سواءٌ ذُكر في العقد ثمنُ كلِّ واحدٍ منهما، أم لم يُذكر. فأمّا إذا ذُكر، فمعرفةُ ثمن ما صحّ بيعُه سهل. أمّا إذا لم يُذكر، فإنّ ثمنهما المجموع يُقسّم على قيمة كلِّ واحد منهما، فما أصاب ما صحّ بيعُه، فهو ثمنُه. فإن باع ثوباً مملوكاً له مع ثوبٍ آخر غير مملوك له في صفقة واحدة بمائة، وقيمةُ المملوك أربعون وقيمةُ غير المملوك عشرة، فتُقسّم المائة على خمس حصص، فالحصّة الواحدة (وهي عشرون) لغير المملوك، وأربع حصص (وهي ثمانون) للثوب المملوك. فيصحّ البيعُ في الثوب المملوك بثمانين، ويبطل في الثوب غير المملوك.[٢]

---

(١) وليُتنبه أنّ ابن عابدين رحمه الله تعالى قد أدخل المخنوقة في حكم المدبر، فأدخله في القسم الثاني على أساس أنه مال ولكنه غير متقوّم (ردّ المحتار ١٤: ٥٥٦ فقره ٢٣٣٠٥) والظاهر أنّ ذلك مسامحةٌ منه، لأنّ المخنوقةَ ليست حلالاً عند أحد من الفقهاء. ولو كان الأمر دائراً على كونه مالاً عند غير المسلمين، لدخلت الخمر والخنزير في هذا القسم أيضاً. وقد صرّح الكاسانيّ رحمه الله تعالى وغيره بأنّه في حكم الحرّ.

(٢) هذا ما لخّصتُه ونقّحتُه من فتح القدير ٦: ٩١ وبدائع الصنائع ٤: ٣٣٨ و٣٣٩ والبحر الرائق ٦: ١٤٨ و١٤٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ويحتاج كلٌ من الإمام أبي حنيفة وصاحبيه إلى بيان وجه الفرق بين القسم الأوّل والقسم الثّاني. أمّا أبوحنيفة رحمه الله تعالى، فوجهُ الفرق عنده أنّ مالايصحّ بيعُه من القسم الأوّل، مثل الخمر أو الخنزير، لا يُمكن إدخالُه في البيع لعدم ماليّته شرعاً في حقّ مسلم، فلمّا بطل بيعُه والصّفقة واحدةٌ، بطل البيعُ في الكلّ. أمّا في القسم الثّاني، فيُمكن تصحيحُ بيعه بإجازة من المالك أو القاضي، فيدخلُ في البيع ابتداءً تصحيحاً لكلام العاقل، ثمّ يخرج من البيع، فيصحّ البيعُ في قرينه الّذي لا إشكالَ في جوازه بحصّته من الثّمن، كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض، وهذا لا يكونُ شرطَ القبول في غير المبيع، ولا بيعاً بالحصّة ابتداءً، ولهذا لا يُشترط بيانُ ثمن كلّ واحد فيه.[1]

ووجهُ الفرق للصّاحبين في أنّهم يشترطون في القسم الأوّل بيان ثمن كلّ واحد منهما، ولا يشترطون ذلك في القسم الثّاني أنّ المضموم في القسم الأوّل لا قيمة له شرعاً، فلا يُمكن تقسيم الثّمن على قيمة كلّ واحد منهما، بخلاف القسم الثّاني، لأنّه مالٌ متقوّم يُمكن تقويمُه، والبطلان إنّما جاء بسبب آخر، وهو إمّا لكونه ملكاً للغير، أو لكون بيعه غيرَ جائز على قولهما، فيمكن تقسيمُ الثّمن على قيمة كُلّ واحد منهما.

٤٣١ – مذهب الشّافعيّة

وقال الشّافعيّة في الرّاجح عندهم إنّه لو جمع بين ما يصحّ بيعُه وما لا يصحّ في صفقة واحدة، مثل أن يبيع خلاً وخمراً، أو شاةً وخنزيراً، صحّ البيعُ فيما يصحّ فيه البيع، وهو الخلّ والشّاة، ويبطُل في قرينه الّذي لا يصحّ بيعُه. ثمّ إن كان مقصودُ المشتري شراءَ مالا يصحّ بيعُه، يُوزّع ثمنُ المجموع على قيمتهما، ويجب عليه ما أصاب ما صحّ بيعُه

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

حسب ما وصفنا في مذهب الحنفية في القسم الثاني. وتُقوَّم الخمر على تقدير كونها خلًّا، والخنزير على تقدير كونه عنزًا بقدره كبرا وصغرًا، والميتة على كونها مذكّاة. أما إذا لم يكن مقصود المشتري شراء ما لا يصح بيعه، وجب عليه كلُّ الثمن، وله الخيارُ في الفسخ إن كان جاهلًا.[1]

٤٣٢- مذهب الحنابلة

أما الحنابلة، فقالوا: إنه إذا جمع في الصفقة الواحدة ما يصح بيعه ومالا يصح، فإنه على قسمين: الأول: أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمنُ عليهما بالأجزاء، كقفيزين من صُبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما، ففيه وجهان عندهم، ولكنَّ الراجح في مذهبهم أن البيع يصح فيما يصح بيعه ويبطل في الآخر.

والقسمُ الثاني: أن يكون المبيعان مما لا ينقسم عليهما الثمنُ بالأجزاء، كعبد وحرّ، وخلّ وخمر، وعبده وعبد غيره، وعبد حاضر وآبق، ففيه روايتان أيضًا، ولكن استظهر ابنُ قدامة رحمه الله تعالى أن البيع فاسد في الكلّ.

وهذا التفصيل المذكور عن المذاهب الأربعة إنما هو في صحة البيع وعدمها بعد الوقوع. ولكنَّ الظاهر أنه لا يجوز الدخولُ في مثل هذه البيوع التي تشتمل على بيع ما هو محظور عند أحد من الفقهاء، إن كان يعلم أنه مشتمل على محظور، فإنه لا يجوز للمسلم أن يكون طرفا في ذلك العقد.

---

[1] هذه خلاصة ما جاء في حواشي الشبراملسي على تحفة المحتاج، فصل في تفريق الصفقة ٤: ٣٢٣ إلى ٣٢٧ وروضة الطالبين ٣: ٤٢٠

٤٣٣- حكم بيع الفنادق والمتاجر التي تشتمل على ما لا يجوز بيعُه شرعاً

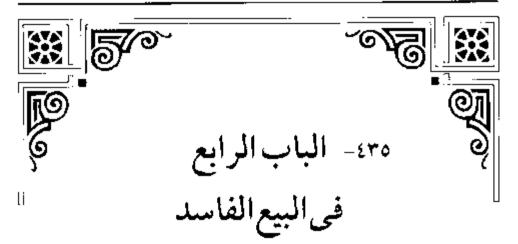
ويؤخذ بهذا حكمُ بيع الفنادق الكبيرة التي تُباع فيها الخمور والأشياء الأخرى المحظورة شرعاً. وكذلك ربما يُباع متْجر كبير فيه محلاّت تُباع فيها الخمور أو الأفلام المحظورة. وبيعُ الفندق والمتجر يشمل هذه المحظورات. فلا يجوز الدخولُ في هذا البيع إلّا بامتثناء الأشياء المحظورة شرعاً. فلو اشترى مسلمٌ فندقاً، وجب عليه أن يأمر البائعَ برفع الخمور ولحوم الخنازير والأشياء المحظورة الأخرى، ليقع العقد على الباقي الذي هو حلالٌ شرعاً. وإن اشتُري متجر فيه محلاّتٌ مؤجَرة إلى تُجّار يبيعون أشياءً محظورة شرعاً، وجب إخلاؤهم قبل البيع، أو استثناءُ تلك المحلّات من البيع.

٤٣٤- حكم البيع الباطل

حكمُ البيع الباطل أنّه لايترتّب عليه أيُّ أثرٍ من آثار البيع، حتّى أنّ المشتريَ لايملك المبيعَ وإن قَبَضه. وهذا متّفق عليه. ولكن اختلفت أقوالُ الحنفيّة فيما إذا هلك المبيعُ عند المشتري بعد قبضِه في البيع الباطل. فالمذكورُ في بعض المتون أنّه لاضمانَ فيه على المشتري، لأنّ البيعَ باطل، فبقي المبيعُ عنده أمانةً، فلاضمانَ في هلاكه.

والقول الثّاني: أنّه مضمونٌ على المشتري، وهو الّذي اختاره السّرخسيّ وغيرُه. لأنّه لايكون أدنى حالاً من المقبوض على سَوم الشّراء. وهو قول الأئمة الثّلاثة. وقيل: الأوّلُ قول أبي حنيفة والثّاني قولهما.[1]

---

(١) هذا ملخص مافي الدر المختار ورد المحتار ١٤: ٥٦٧ و ٥٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٣٥- الباب الرابع
في البيع الفاسد

أمّا البيع الفاسد عند الحنفيّة، فالبيع الذي عرضه الفساد في الوصف دون الأصل. ومعنى صحّة الأصل أنّ العاقدين من أهل الإيجاب والقبول، والعوضان ممّا هو مالٌ في الجملة، والمبيع مالٌ مملوكٌ للبائع، ولكنّ الفساد إنّما جاء بسبب آخر.

٤٣٦ الفرق بين البيع الفاسد والبيع القابل للإبطال في القوانين الوضعيّة

وينبغي أن يُعرف هنا أنّ اصطلاح "البيع الفاسد" عند الحنفيّة يلتبس في بعض الأحيان باصطلاح "القابل للإبطال" (Voidable) في القانون الإنكليزي، والحقيقةُ أنّ بينهما فرقاً كبيراً. وهو أنّ ما يُسمّى في القانون الإنكليزي "القابل للإبطال" هو ما فيه خيارٌ لأحد المتعاقدين لفسخ العقد، وذلك بسبب غرور، أو تدليس، أو كذب من أحد المتعاقدين بما يؤثّر على رضا الآخر. فيحقّ له أن يفسخ العقد بنفسه. وهذا يندرج في الفقه الإسلامي تحت الخيارات على اختلاف أنواعها التي سبق ذكرها. أمّا البيعُ الفاسد على اصطلاح الحنفيّة، فهو ما اجتمعت فيه أركانُ البيع، وإنّما جاء الفساد بحكم الشرع لسبب خارج عن أركان البيع، مثل أن يُشترط في البيع ما لا يقتضيه العقد، أو كان المبيعُ غيرَ مقبوض للبائع. ومثلُ هذا البيع الفاسد لانظير له في القوانين الوضعيّة، لأنّ ما

www.besturdubooks.wordpress.com

جعلته الشريعة من أسباب الفساد كلها مسموح في القوانين الوضعية.

والفرق بين حكمهما أن البيع إن كان قابلاً للفسخ في القوانين الوضعية، فإنه يحق لمن له الفسخ أن لايفسخ البيع، ويرضى بالعقد بالرغم من كونه قابلاً للفسخ، لأن الخيار بيده.[1] أما البيع الفاسد على اصطلاح الحنفية، فإنه يجب فسخه على العاقدين شرعاً. ولايجوز لأحدهما أن ينفذه. ولذلك قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري:

"فإذا تركنا هذه المقابلات المتناثرة في نواح مختلفة، واقتصرنا على تعدد مراتب البطلان والصحة في العقد، وجدنا الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً من الفقه الغربي في ذلك. فعنده "العقد الباطل" ويقابله في الفقه الغربي "العقد الباطل" أيضاً، وهما سواء. وعنده "العقد الفاسد"، ولايقابله نظير في الفقه الغربي. وعنده "العقد الموقوف"، ولا نظير له في الفقه الغربي. وأقرب شبه به هو "العقد القابل للإبطال" وإن كان يقصر دونه."[2]

ولكن يجتمع "البيع الفاسد" و"البيع القابل للإبطال" في أن المشتري إن باع المبيع إلى ثالث قبل إبطال البيع من أحدهما، صح هذا البيع، وانتقل ملكه إلى المشترى الجديد، كما سيأتي في أحكام البيع الفاسد. وبه صرحت المادة ۲۹ من "قانون بيع المال" في "البيع القابل للإبطال".

بعد معرفة هذا الفرق بين التصورات في الفقه الإسلامي والقوانين الغربية، نأتي إلى أحكام البيع الفاسد على مذهب الحنفية. والذي يتلخص من كلامهم أن الفساد له أسباب آتية:

---

(۱) Contract Act 1872, Section 19

(۲) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: المجلد الثاني، الجزء الرابع ص ۲٦٦

٤٣٧- الأول: أن يكون الفساد لمعنىً في الثمن.

وله صورٌ آتية:

١- أن يكون الثمنَ خمراً أو خنزيراً ممّا هو مالٌ عند أهل الذمّة، وليس مالاً عند المسلمين، فهذا البيعُ فاسدٌ على القول المشهور، وليس باطلاً، وقد ذكرنا أنّ ابن الهمام رحمه الله تعالى اختار بطلانه، وهو الراجح من حيث الدّليل.

٢- أن يكونَ الثمنُ فيه جهالةٌ مفضيةٌ إلى النّزاع، سواءٌ كانت الجهالةُ في جنس الثّمن، أو في وصفه، أو قدره، أو أجله، وقد فصّلنا مسائله في شرائط الثّمن.

٣- أن يكون الثمنُ مسكوتاً عنه، وقد ذكره الفقهاء في أنواع البيع الفاسد، وعلّلوه بأنّ مطلقَ البيع يقتضي المعاوضة، فإذا سكت عنه البائع، كان غرضُه القيمة، فكأنّه باعه بقيمته.[١] وهذا متفرّعٌ على القول بفساد البيع بقيمة السّوق. وقد ذكرنا في مبحث شروط الثّمن أنّ المتأخّرين جوّزوا البيعَ بسعر السّوق إذا لم تتفاوت الأسعارُ بتفاوت الآحاد.

وعلى هذا، فلو كان الثّمنُ مسكوتاً عنه في هذه الحالة، وكان سعره في السّوق معلوما ينبغي أن يجوز، فكأنّ الثّمن مذكورٌ تقديراً. وهذا كما إذا اشترى جريدةً قيمتُها معروفةٌ لا تتغيّر، ولم يذكرا الثّمنَ عند العقد، يصحّ البيعُ لكونه مذكوراً حكماً. أمّا إذا صرّح المتعاقدان بنفي الثّمن، فالبيعُ باطل. قال الحصكفيُ رحمه الله تعالى:

"وبطل بيعُ صُرّح بنفي الثّمن فيه، لانعدام الرّكن، وهو المال."[٢]

---

(١) ردّالمحتار ١٤: ٥٦٩ فقره ٢٣٣٣٥

(٢) الدرالمختار مع ردّالمحتار ١٤: ٥٦٦ و ٥٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٣٨- الثاني: أن يكون الفساد لمعنىً في المبيع.

وله صورٌ آتية:

١- أن يكون المبيعُ فيه جهالةٌ مفضيةٌ إلى المنازعة. والجهالةُ الّتي تُفسد البيع عامّة، سواءٌ كانت في جنس المبيع، أم في تعيينه. أم في قدره، وقد فصّلنا مسائلها في الشّروط الّتي ترجع إلى المبيع. ويندرج فيه الملامسة والمنابذة. والملامسة: أن يَلْمسَ كلٌّ منهما ثوبَ صاحبه بغير تأمّل، ليلزمَ للامسِ البيعُ من غير خيار له عند الرّؤية. وهذا بأن يكون مثلاً في ظلمة، أو يكونَ الثّوبُ مطويّاً مرئيّاً يتّفقان على أنّه إذا لمسه فقد باعه منه. وفساده لتعليق التّمليك على أنّه متى لمسه وجب البيعُ وسقط الخيار. والمنابذة: أن ينبذَ كلٌّ واحدٍ منهما ثوبه إلى الآخر، ولا ينظر أحدٌ منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النّبذ بيعاً، وهذه كانت بيوعاً يتعارفونها في الجاهليّة. وكذا إلقاءُ الحجر: أن يُلقِيَ حصاةً وثمّة أثوابٌ، فأيُّ ثوبٍ وقع عليه، كان المبيعَ بلا تأمّل ورويّة، ولا خيارَ بعد ذلك، ولابدّ أن يسبق تراوضُهما على الثّمن.[1] ولافرقَ بين كون المبيع معيّناً أو غيرَ معيّن. ومعنى النّهي ما في كلٍّ من الجهالة، وتعليق التّمليك على الخطر.[2]

ومن هذا القبيل ضربةُ القانص، بأن يقولَ من يصطاد السّمك: بعتُك ما يخرج من إلقاء هذه الشّبكة مرّةً بكذا. فإن كان الحوضُ الّذي يُلقى فيه الشّبكة مملوكةً للبائع، فالبيعُ

---

(١) لأنهما إن لم يتراوضا على الثّمن، فوجه الفساد السكوت عن الثمن، كما في البحر الرائق ٦: ٨٣.

(٢) فتح القدير ٦: ٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com

فاسد، وإن لم يكن مملوكاً له، فالبيع باطلٌ لعدم الملك.[١]

ومنه بيعُ المزابنة خَرْصاً، لأنّ قدرَ ما على الشّجر غيرُ معلوم، وفيها شبهةُ الرّبا، وقد بيّنّاه في مبحث الرّبا تحت عنوان "المجازفة في الأموال الرّبويّة".

٢- أن يكونَ المبيعُ غيرَ مقدور التّسليم، فإن لم يكن مملوكاً للبائع، فالبيعُ باطل، مثل أن يبيعَ طائراً في الهواء لايملكه. أمّا إن كان مملوكاً له، وطار في الهواء، فإن كان من عادته الرّجوع، جاز البيعُ عند أكثر المشايخ، فإنّهم قاسُوه على المبيع الغائب في مكان بعيد. وإن لم يكن من عادته الرّجوع، فالبيع فاسد.(٢) وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"ولا فرق بين كون الطّائر يألف الرجوع أو لا يألفه، لأنّه لا يقدرُ على تسليمه الآن، وإنّما يقدِر عليه إذا عاد."

وفرّق بينه وبين المبيع الغائب في مكانٍ بعيد أنّ الإتيان به في مُكنة البائع، بخلاف الطّائر، فإنّ رجوعه ليس بيد البائع، وإنّما هو بفعل الطّائر بنفسه.[٣]

ولو رجع وسلّمه البائع إلى المشتري، لايعود البيعُ إلى الجواز عند مشايخ بلخ، لأنّهم أدرجوه في البيع الباطل، كأنّه بعدَ ما طار في الهواء خرج عن ملكه، فصار بيعُه باطلاً، وارتفاعُ المبطل لايُعيد البيعَ صحيحاً، لأنّ البيعَ لم يكن قائماً بصفة البطلان، بل معدوماً. وعلى قول الكرخيّ والطّحاويّ يعود البيع إلى الجواز.[٤] وهو الّذي رجّحه ابنُ الهمام

---

(١) ردالمحتار ١٤: ٥٨٦ و ٥٨٧

(٢) الدرالمختار مع ردالمحتار ١٤: ٥٧٥ و ٥٧٦

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٢

(٤) الدرالمختار مع ردالمحتار ١٤: ٥٧٥ و ٥٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمه الله تعالى، لأنّ عدمَ القدرة على التّسليم بعد كونه مملوكاً مفسدٌ للبيع لامُبطل، فلمّا قدَر على ذلك، زال المانع.[1]

ومثلُه بيعُ السّمك في الماء، فإن لم يكن مملوكاً للبائع، فالبيعُ باطل. وإن كان مملوكاً، مثلُ أن تكون في بِركةٍ مملوكةٍ للبائع، فإن لم يُمكن الأخذُ منها إلاّ بحيلة، فالبيع فاسد. وإن أمكن بدونها، فالبيع جائز، وللمشتري خيارُ الرّؤية، ولايُعتدّ برؤيته في الماء، لأنه يتفاوت في الماء وخارجه.[2]

وقال ابن قدامة: "لايجوز بيعُه في الماء إلاّ أن تجتمع ثلاثة شروط: أحدُها أن يكون مملوكاً، الثاني: أن يكون الماءُ رقيقاً لايمنعُ مشاهدته ومعرفته. الثّالث: أن يمكنَ اصطيادُه وإمساكه. فإن اجتمعت هذه الشّروط جاز بيعُه، لأنّه مملوكٌ معلومٌ مقدورٌ على تسليمه، فجاز بيعُه، كالموضوع في الطّست. وإن اختلّ شرطٌ ممّا ذكرنا، لم يجز بيعُه لذلك."[3]

وبهذا يتميّز الفقهُ الإسلاميّ عن بعض القوانين الغربيّة، حيثُ إنّها تُجيز كثيراً من التّعاملات الّتي فيها تعليقُ التّمليك على الخطر. فلا يُشترط في تلك القوانين أن يكونَ المبيعُ مقدورَ التّسليم للبائع. و برّروا ذلك على أساس أنّ الرّجلَ العاقلَ له أن يشتريَ ما فيه خطر. يقول أحد الشّرّاح لقانون بيع المال الإنكليزي:

> The contrary view, however, is preferable in view of the plain language of ss4(2) and 6(2) of the Act, and the buyer may have to pay in any event, for 'a man may buy the chance of

----

(١) فتح القدير ٦: ٥٩ و ٦٠

(٢) ردّالمحتار ١٤: ٥٧١

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٢

www.besturdubooks.wordpress.com

obtaining goods'[1], and 'if a man should be foolish enough to make a purchase of a chance, he must perhaps abide by the consequence of his rashness [2]'.

يعني:

"النظرية الأخرى راجحةٌ بالنظر إلى عبارة المادة ٤(٢) و ٦(٢) للقانون، و المشتري يجبُ عليه أن يدفع الثمن في كلّ حال، لأنه يحقّ لرجلٍ أن يشتريَ فُرصةً للحصول على بضاعة، وإنّ المرأ إن كان سفيهاً إلى حدّ أن يشتريَ خطراً، فإنّه يجب عليه أن يتحمّل نتائجَ استهتاره."

أمّا الشّريعة الإسلاميّة، فإنّها تهتمّ بمراعاة حقوق كلّ واحد من طرفي العقد، ولا تُمكّنُ أحداً من استغلال الطّرف الآخر. كما أنّها تهتمّ بأن تكون العقودُ مبنيّةً على مصلحة الجانبين ومصلحة المجتمع كلّه. وإنّ مثل هذه العقود الّتي تتعلّق على الأخطار تُعرقل السّير الطّبيعيّ لقوّات السّوق، وتُفسد النّظام الاقتصاديّ بأسره، كما وقع فعلاً في النّظام الرأسماليّ السّائد اليوم.

٣- أن يكون المبيعُ غيرَ مقبوضٍ للبائع، بحيثُ إنّه لم ينتقل إليه ضمانُه، فمَن باع ما لم يقبضه، فبيعُه فاسد. وقد فصّلنا مسائله في الشّرط السّابع من شروط المبيع، والحمد لله تعالى.

---

(١) Buddle v. Green (1857) 27 LJ Ex 33, p.34, 114- RR

(٢) Pollock & Mulla, On Sale of Goods Act, Section 6 p.98, cf Hitchcock v Giddings (1817) 4 Price 135, 18 RR 725, per Richards, CB.

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٣٩- الثالث: أن يكون الفسادُ لمعنىً في العقد.

وهو أن يُشترط في العقد شرطٌ لايقتضيه العقد. وقد فصّلنا مسائلَه في الشّرط الثّالث من الشّروط الّتي ترجع إلى صُلب العقد. وكذلك البيعُ المعلّق على شرط، أوالمضاف إلى المستقبل، فاسد. واضطربت عباراتُ الفقهاء الحنفيّة في البيع المعلّق والمضاف، فقد استخدموا للبيع المعلّق أو المضاف كلمةَ "البطلان" في بعض المواضع، وكلمةَ "الفساد" في مواضع أخرى. والظّاهر أنّهم أدخلوه في البيع الفاسد دون الباطل. وحيثُ ذُكر البطلان، فإنّ المرادَ منه الفساد، لأنّهم ذكروا حكمَ التّعليق مقروناً بالشّرط الفاسد، والشّرطُ الفاسد يفسد العقد ولايُبطله، ولأنّهم علّلوا عدمَ صحّة التّعليق والإضافة بكونهما تمليكاً على الخطر، وإنّه مفسدٌ للعقد. ولذلك حينما شرحَ ابنُ عابدين رحمه الله تعالى قولَهم: "لايصحّ تعليقه" قال: "ليس المرادُ به بطلانَ نفسِ التّعليق مع صحّة المعلّق، لأنّ ما كان من التّمليكات يفسُد بالتّعليق، بل المراد أنّه لايقبلُ التّعليق بمعنى أنّه يفسُد به."[(١)]

وذكر الحمويّ رحمه الله تعالى احتمالاً أن يكون هناك فرقٌ بين البيع المقرون بالشّرط الفاسد، حيثُ يفسُد، وبين البيع المعلّق، حيثُ يبطل.(٢) ولعلّ القولَ ببطلان البيع المعلّق أو المضاف مبنيٌّ على أنّ تعليقَ الإيجاب أو القبول على خطر يُورث خللاً في ركن البيع، لأنّ طبيعةَ الإيجاب أو القبول تقتضي كونَهما جازمين، والتّعليقُ يُبطل الجزم،

---

(١) ردالمحتار ١٥: ١٥٨ فقره ٢٥٠٠٠

(٢) فإنه اعترض على قول الأشباه حيث استعمل كلمةَ "يبطل" للمعلق والمقرون بالشرط جميعا، فقال: "فيه أنّ البيع المقرون بالشّرط الفاسد فاسد، لاباطل... ومعلوم أن الفاسد غير الباطل عندنا. اللهم إلا أن يُحمل على ما إذا ذُكر بحرف الشّرط كما إذا قال: بعت إن كنت تُعطيني كذا. أما إذا قال: بعتُ على أن تُعطيني كذا، ففاسد لاباطل. كما في المنتقى." (شرح الأشباه والنّظائر، الفنّ الثالث ٣: ١٧٧)

وقد مرّ أنّ ما أورث خللاً في ركن البيع فإنّه مبطل له، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٤٠- حكمُ البيع الفاسد

وأمّا حكمُ البيع الفاسد عند الحنفيّة الّذين يُفرّقون بينه وبين الباطل أنّ الفاسدَ من البيع يجب على المتعاقدين فسخُه، ولكنّه يُفيد ملكاً خبيثاً بعد قبض المشتري المبيع، ويتفرّع عليه أمور آتية:

١- إنّ الدخولَ في مثل هذا البيع غير جائز لكونه بطريقٍ غير مشروع.

٢- إن لم يقبض المشتري المبيعَ ببيعٍ فاسد، فإنّه لايملكُه، ولا ينفذ تصرّفُه فيه، إلاّ التّصرفَ الّذي هو في حكم القبض كما سيأتي، ويجب عليهما الامتناع عن تنفيذ البيع.

٣- إن قبضَه المشتري قبضاً حقيقيّاً أو حكميّاً، فإنّه يجبُ على المتعاقدين فسخُ البيع.

٤- إن قبضَ المشتري المبيعَ، فإنّه يملكُه ملكاً خبيثاً لايجوز له الانتفاع به بالأكل أو الشّرب أو اللّبس، أو التّصرّف فيه، إلاّ إذا عقده من جديد بإزالة المفسد.

٥- وبما أنّه يملكُه، ولو ملكاً خبيثاً، فإنّه ينفُذ فيه تصرّفُه، مثل أن يبيعَه إلى ثالث، ولكن لايطيبُ له الرّبح، بل يجب عليه أن يتصدّق به.

٦- إن لم يبقَ المبيعُ في يد المشتري، بأن هلك في يده، أو تصرّفَ فيه تصرّفاً يمنع الرّدّ، فإنّه يضمن للبائع مثلَه أو قيمتَه، ويستردّ الثّمن.

ولنتكلّم على كلّ واحدٍ من هذه النّقاط بشيءٍ من التّفصيل:

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٤١- عدم جواز البيع الفاسد

أمّا النّقطة الأولى، من كون البيع غير جائز شرعاً، فلأنّه عقد بغير طريق مشروع.

٤٤٢- كونه لايُفيد الملك قبل القبض

وأمّا النّقطة الثانية، من أنّه لايُفيد الملكَ قبل القبض، ويجب على المتبايعين الامتناع عن التّنفيذ، فوجّهه صاحب الهداية بقوله: "وإنّما لايثبت الملكُ قبل القبض كي لايؤدّيَ إلى تقرير الفسادالمجاور، إذ هو واجبُ الرّفع بالاسترداد، فبالامتناع عن المطالبة أولى، ولأنّ السبب (يعني سبب الملك) قد ضعُف لمكان اقترانه بالقبيح."[١]

٤٤٣- وجوب فسخ البيع الفاسد

وأمّا النّقطة الثّالثة، من أنّه يجب عليهما فسخُ البيع، ولو قبضه المشتري، فلأنّ البيعَ اقترن به محظورٌ يجب التّوبةُ منه، والتّوبةُ هُنا بأن يفسُخا البيع. ولكلٍّ واحدٍ منهما فسخُه قبل قبض المشتري بالاتّفاق. أمّا بعد قبض المشتري، فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى في جميع الأحوال. وقال محمّد رحمه الله تعالى: إن كان الفسادُ لشرطٍ زائد، كالبيع إلى أجل مجهول، أو بشرطٍ فيه نفعٌ لأحدهما، فإنّ حقَّ الفسخ لمن له منفعةُ الشّرط. أمّا مَن عليه منفعةُ الشّرط، فإنّه يفسَخ برضا الآخر أو بالقضاء. واقتصر في الهداية على قول محمّد رحمه الله تعالى، ولم يذكر خلافاً.[٢] ومعناه أنّه إن امتنع مَن له الفسخ، جاز للفريق الآخر أن يجبُره على ذلك بطريق القضاء.

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٩٤و ٩٥

(٢) ردّالمحتار ١٤: ٦٨١ فقره ٢٣٦٢٢

٤٤٤- كونه يفيد الملك الخبيث بعد القبض

وأما النقطة الرابعة من أن البيع الفاسد يفيد الملك بعد القبض، فيشترط له أن يكون القبض بإذن البائع صراحة أو دلالة، بأن قبضه في مجلس العقد بحضرته، ولم ينهه. وأما بعد المجلس، فلابد من صريح الإذن، إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به [١]، فإنه يكون إذنا بالقبض دلالة.[٢] وهل تنوب التخلية عن القبض في هذه المسئلة؟ فيه قولان لفقهاء الحنفية، وصحح في "الخانية" و"الخلاصة" و"البحر" و"النهر" أنه في حكم القبض.[٣] وكما يجوز أن يكون القبض بالبراجم حقيقة، يجوز أن يكون حكمياً، وذلك بطريق الوكالة، حتى قالوا: لو أمر المشتري البائع بطحن الحنطة المشتراة بيعاً فاسداً أو بذبح الشاة المشتراة كذلك، فإن المشتري يعتبر قابضاً اقتضاء.[٤]

وقدمنا أن هذا الحكم مختص بالحنفية. أما الشافعية وغيرهم، فلافرق عندهم بين البيع الفاسد والباطل، فالفاسد على اصطلاح الحنفية باطل عندهم. فلا يفيد الملك حتى بالقبض، لأنه محظور، فلا ينال منه نعمة الملك. وهذا مبني على مسئلة أصولية من أن النهي عن الأفعال الشرعية لايفيد تحقق الفعل عندهم، بل يقتضي بطلانه. وموقف الحنفية أن النهي يقرر المشروعية لاقتضاء المتصور. وإن ركن البيع ههنا قد

---

(١) احترازعما إذا كان الثمن خمراً أو خنزيراً، فإنهما مما لايملك. فلو قبضهما البائع لايعد إذن دلالة. وإنما يشترط إذن صريح. وهذا مبني على القول المشهور من أن الخمر والخنزير إن كان ثمنا، فالبيع فاسد لاباطل. وقدمنا عن ابن الهمام رحمه الله تعالى أن البيع باطل في كلا الوجهين، سواء كان الخمر والخنزير مبيعاً أو ثمنا.

(٢) رد المحتار مع الدر المختار ٤: ١٤ ٦٧٢

(٣) رد المحتار ١٤: ٦٧١ فقره ٢٣٥٨٨

(٤) الدر المختار مع رد المحتار ١٤: ٦٨٩

صدر من أهله في محلّه، فوجب القولُ بانعقاده. فنفسُ البيع مشروع، وبه تُنال نعمةُ الملك، وإنّما المحظور ما يُجاوره، كما في البيع وقت النّداء.[1] وبسبب هذا المحظور قلنا إنّه يجب الامتناع عن تنفيذه قبل القبض، وفسخُ البيع بعده.

وأمّا أنّه ملكٌ خبيثٌ، فلأنّه حصل بطريق غير مشروع، فلايحلّ له الانتفاع به بأكل أوشرب أو لُبس، ولايجوز للمشتري التّصرّف فيه.

وبالرّغم من أنّ غيرَ الحنفيّة لم يُفرّقوا بين اصطلاح "البيع الباطل" و"البيع الفاسد" من حيثُ المبدأ، ولكنّهم رتّبوا بعض الآثار في العقد الفاسد، كما سيأتي في النّقطة الآتية إن شاء الله تعالى.

٤٤٥- نفاذ تصرفات المشتري في المقبوض بيعاً فاسداً

وأمّا النّقطة الخامسة، من أنّه تنفذ فيه تصرّفاتُه، ويثبت له أحكامُ الملك، بأنّه يكون خصماً لمن يدّعيه، لأنّه يملك رقبتَه. نصّ عليه محمّد رحمه الله تعالى. ولو باعه كان الثّمنُ له، ولو أعتقه صحّ، والولاءُ له، ولو أعتقه البائعُ لم يعتق، ولو بيعت دارٌ إلى جنبها، فالشُّفعة للمشتري.[2] وإنّما نفّذ الحنفيّة هذه التّصرفاتِ مع كونها غيرَ جائزة

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٩٢ إلى ٩٤ . وزاد في الكفاية أنّ القياس على البيع وقت النّداء في أنّ النّهي لايقتضي البطلان، غير أنّ المنهيّ عنه في البيع الفاسد متصل به وصفا، فأثر في الفساد. وفي البيع وقت النّداء مجاور له، فأثر في الكراهة دون الفساد.

(٢) ردّالمحتار ٤: ٦٧٧ ولكن لايعني ذلك أنّ هذه التصرفات جائزة له، بل صرّح فقهاء الحنفيّة أنّه يأثم بهذه التّصرفات. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "الواجب عليه كان هو التوبة بالفسخ والاسترداد، وبتأخيره إلى وجود هذه التصرفات التي تعلّق بها حقّ عبد يكون قدفوّت مكنته من الاسترداد، فتعيّن لزوم القيمة، ومقتضاه أنّ المعصية تقرّرت عليه فلا يخرج عن عهدتها إلاّ بالتّوبة، وأنّ الفسخ قبل هذه التّصرفات توبة. (ردالمحتار ٤: ٦٩٢ فقره ٢٣٦٥٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

للمشتري، لأنه مالكٌ للمبيع، ولو بملك خبيث. فإن باعه إلى ثالث، لاينقض ذلك البيعُ. لأنه تعلّق به حقُّ العبد وهو المشتري منه، ولكن لايطيب له ماربح فيه، بل يجب عليه أن يتصدّق به.

وهذا بخلاف البائع إذا قبض الثّمنَ واشترى به شيئاً، فإنّه يطيب له ربحه، لأنّ الأصح أنّ النّقود لاتتعيّن في البيع الفاسد، كما فصّلنا أدلّته في مبحث تعيّن النّقود. فالثّمنُ الّذي اشترى به ذلك الشّيئ غيرُ متعيّن، فلاتصحّ نسبةُ شراء ذلك الشّيئ إلى ما قبضَ من الثّمن ببيع فاسد. ولكن إن كان قد ربح في البيع الأوّل الفاسد، لايطيبُ ربحه له، بل يجبُ عليه ردُّ الثّمن إلى المشتري في البيع الأوّل الفاسد، وفسخُ ذلك البيع إن كان المبيعُ قائماً بيد المشتري.

فإن لم يكن قائماً، وامتنع الرّدّ، فإنّه يُطالبُ المشتريَ بردّ مثل المبيع إن كان مثلياً، أوبردّ قيمته إن كان قيمياً، ثمّ يردُّ إليه الثّمن. وإن تعذّر ذلك الرّدّ لكون المشتري قد غاب، فما ربحه في البيع الفاسد يتصدّق به.

وسيأتي تمام ذلك في لقسم الخامس من أقسام المال الخبيث إن شاء الله تعالى.

٤٤٦- وجوب القيمة أو المثل عند تعذّرالرد

وأمّا النّقطة السّادسة، من أنّه إن امتنع ردُّ المبيع إلى البائع، فإنّه يردُّ مثلَه إن كان مثلياً، أو قيمتَه إن كان قيمياً، فوجهُه أنّه كان يجب عليه ردُّ المبيع بعينه كما قدّمنا. فإن تعذّر ردُّعينه لسببٍ من الأسباب، لزمه مثلُه أو قيمتُه، كما في الغصب، ويستردّالثّمنَ من البائع.[1]

---

(١) "فإذا أعتقه أو باعه أووهبه وسلّمه فهو جائز، وعليه القيمة" (ردّ المحتارعن الفتح ١٤: ٦٩٢ فقره ٢٣٦٥٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٤٧ـ أسباب امتناع الرَّدّ

ثمّ امتناعُ الرّدّ له أسباب مختلفة:

الأول: أن يهلِكَ المبيعُ بيد المشتري. وفي هذه الصورة يجب على المشتري ضمانُ ما هلك بالمثل إن كان مثليّاً، أو بالقيمة إن كان قيميّاً.

والثاني: أن يتصرّف فيه المشتري تصرفاً يُزيل ملكَه فيه، مثل أن يبيعه بيعاً صحيحاً باتّاً، أي بدون خيارٍ له، أو يهبَه إلى آخر ويقبضه الموهوب له، أو يقفه وقفاً صحيحاً، أو يُوصي به وصيّةً صحيحة ويموت. وفي جميع هذه الصور زال ملكُ المشتري، فامتنع الفسخ.

وهناك بعضُ الحالات التي لايزولُ فيها ملكُه، ولكن يتعلّق به حقُّ آخرَ غيرُ قابل للنقض، مثل أن يكون المشتري رهنه إلى آخر، فإنّه يمنعُ الفسخَ أيضاً، لأنّه تعلّق به حقّ لازمٌ للمرتهن.[1]

ولو امتنع حقُّ الفسخ لكون المشتري باع المبيعَ إلى آخر، فإنّ حقّ الفسخ يعود إذا رُدّ المبيع إلى المشتري الأوّل بخيار شرط، أو رؤية، أو عيب بقضاء قاض. وكذلك إن كان المشتري وهب ما اشتراه شراءً فاسداً، امتنع حقّ الفسخ. ولكن إن رجع في الهبة فعاد إليه المبيع، عاد حقُّ الفسخ. وكذلك إن امتنع الفسخ لكون المشتري رهنه عند أحد، ثم افتكّ الرهن، عاد حقّ الفسخ.

ولكنّ عودَ حقّ الفسخ في جميع هذه الصوَر مشروطٌ بأن لايكونَ القاضي قضى على

---

(١) ردّ المحتار ١٤: ٦٩١ وبدائع الصنائع ٤: ٥٨٥ إلى ٥٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

المشتري بالقيمة. فإن كان قضى عليه القاضي بالقيمة، فلا يعودُ حقّ الفسخ، لأنّ القاضيَ أبطل حقّ البائع في العين، ونقله إلى القيمة بإذن الشرع، فلا يعود حقُّه إلى العين وإن ارتفع السّبب.[١]

السّبب الثالث لامتناع الرّدّ: أن يتصرّف فيه المشتري بفعلٍ حسّي، مثل أن يكون المبيعُ أرضاً فيغرس فيها المشتري أشجاراً، أو يبني فيها بناءً. فمذهبُ أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ بهذا التصرّف يمتنع الرّدّ، وتجب عليه قيمةُ الأرض. وقال صاحباه: هذا التصرّفُ لايمنع وجوبَ الرّدّ، فيجبُ عليه أن ينقُضَ الغرْسَ أو البناء، ويرُدَّ الأرض إلى البائع. ورجّح ابنُ الهمام رحمه الله تعالى قولهما، وقال إنّه أوجه[٢]، ولكن رجّح صاحبُ النّهر قولَ أبي حنيفة.[٣]

٤٤٨ـ الزّيادة فيما قبضه المشتري ببيع فاسد

وكذلك إن زاد المشتري في المبيع زيادةً متّصلةً غيرَ متولّدةٍ منه، مثل ما إذا كان ثوباً فصبَغه أو خاطه، امتنع الفسخُ بهذا التّصرف. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "والأصلُ في هذا أنّ المشتريَ إذا أحدث في المبيع صُنعاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب، [لا] يقطعُ حقّ المالك،[٤] يبطل حقّ الفسخ، ويتقرّر حقُّه في ضمان القيمة أو المثل، كما إذا

---

(١) رد المحتار ١٤: ٦٩٦ و ٦٩٧ فقره ٢٣٦٦٢ و ٢٣٦٦٣

(٢) فتح القدير، باب البيع الفاسد، فصل في أحكامه ٦: ١٠٣

(٣) ردّالمحتار ١٤: ٧١٢

(٤) كذا وقع في نسختين مطبوعتين من البدائع. ولعلّ كلمة "لا" هنا سبق قلم من الكاتب، فإنّ المقصود ما يمنع حقّ المالك في استرداد العين وينقل حقّه إلى المثل أو القيمة، كما يظهر من الفقرة الأخيرة في هذه العبارة.

www.besturdubooks.wordpress.com

كان المبيعُ قُطناً، فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو حنطةً فطحنها. أو سمسماً أو عنباً فعصره، أو ساحةً فبني عليها.[1] أو شاةً فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك. وإنّما كان كذلك لأنّ القبضَ في البيع الفاسد كقبض الغصب. لأنّ كلَّ واحدٍ منهما مضمونٌ لردّ حالَ قيامه، ومضمونُ القيمة أو المثل حالَ هلاكه، فكلُّ مايوجب انقطاع حقّ المالك هناك، (يعني في الغصب) يُوجب انقطاع حقّ البيع للبائع ههنا (يعني في البيع الفاسد)."[2]

أمّا الزّيادات المتّصلة المتولّدة كالسّمن في الحيوان، والمنفصلة المتولّدة، كالنّتاج، فإنّها لاتمنع الفسخ. ولو هلكت هذه الزّوائد بيد المشتري، لايضمنها، وإن استهلكها، ضمن. وإن هلك المبيعُ فقط، فللبائع أخذُها، وأخذ قيمة المبيع يوم القبض. وإن كانت الزّوائد منفصلةً غير متولّدة، كالكسب، فللبائع أخذ المبيع مع الزّوائد، ولكنّها لا تطيبُ له، ويتصدّق بها. وإن هلكت في يد المشتري، لايضمن. وكذا لو استهلكها عند الإمام أبي حنيفة، وعندهما يضمن. وإن استهلك المبيع فقط، ضمنه، والزّوائد له، لتقرّر ضمان الأصل. وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"وبه عُلم أنّ الزّيادة بأقسامها الأربع لا تمنع الفسخ، إلا المتّصلة غير المتولّدة. أمّا المتّصلة المتولّدة، كالسمن، والمنفصلة المتولّدة، كالولد وغير المتولّدة، كالكسب، فإنّها لاتمنع الفسخ، وأنّه يضمن المنفصلة المتولّدة بالاستهلاك، لابالهلاك. وكذا غير المتولّدة عندهما، لا عنده."[3]

---

(١) هذا مبنيٌ على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وإلا فقد ذكرنا أنّ مذهب صاحبيه أنّ البناء لا يمنع الرّدّ وعلى المشتري نقض البناء، وقد رجّح ابن الهمام قول الصاحبين.

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٥٨٩

(٣) ردّالمحتار ١٤: ٧١٤

٤٤٩- النّقص فيما قبضه المشتري ببيع فاسد

وإذا حصل نقصٌ في المبيع وهو في يد المشتري، فإنّ حكمه يختلف باختلاف سبب النّقص. وهو على ثلاثة أقسام:

الأوّل: أن يحدث النّقص بفعلٍ من المشتري، مثلَ أن يقطع ثوباً بعد ماشتراه فاسداً، أو بفعلٍ من المبيع، مثل أن يحصل نقصٌ في الدّابّة المبيعة بفعلها، أو بآفة سماويّة، مثل أن يحدث في الدّابّةِ مرضٌ ينقُص من قيمته، فإنّ البائعَ يأخذُه مع الأرش، أي ضمان النّقصان. ويُجبر على ذلك لوأراده المشتري. فإن زال النّقصُ بعدالردّ مع الأرش، وجب على البائع أن يردّ إلى المشتري الأرشَ الّذي أخذه منه.

الثّاني: إذا حصل النّقصُ في المبيع بفعل البائع، فإنّه يُعتبر مسترداً للمبيع بذلك الفعل، ولو كان بيدالمشتري، يردّه مع ذلك النّقص، ولاضمانَ عليه، حتّى لو هلك عند المشتري، ولم يُوجد منه حبسٌ عن البائع، هلك على البائع.

الثّالث: أن يحدث النّقصُ بفعل أجنبيّ، فللبائع الخيار: إن شاء أخذه مع الأرش من المشتري،[1] ويرجعُ المشتري على الجاني بضمانه، وإن شاء اتّبع الجانيّ، فأخذ منه الضّمان، وهو لايرجعُ على المشتري بماضمن.[2]

---

(١) هذا ما فهمتُه من عبارة جامع الفصولين: "ولو بفعل أجنبيّ، يتخيّر البائع: إن شاء أخذه من المشتري، وهو يرجع على الجاني، وإن شاء اتّبع الجاني،وهو لايرجع على المشتري، كالغصب." (جامع الفصولين، فصل ٣٠ ج٢ ص ٥٠) وهو منقول في ردالمحتار ١٤: ٧١٥

(٢) هذه الأحكام كلّها مأخوذة من ردّ المحتار ١٤: ٧١٤ و٧١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٥٠- مذهب غير الحنفية في البيع الفاسد

هذا كلُّه مذهب الحنفيّة. وكما قدّمنا فيما سبق، إنّ غير الحنفيّة لايُفرّقون بين الباطل والفاسد من حيثُ الاصطلاح، ولكنّ بعضهم رتّبوا صحة بعض الآثار على البيع الفاسد مثل ما رتّبه الحنفيّة، وخاصّةً المالكيّة.

٤٥١- مذهب المالكية في البيع الفاسد

قال ابنُ رشد الحفيد رحمه الله تعالى:

"اتّفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت، ولم تفُت بإحداث عقدٍ فيها، أو نماء، أو نقصان، أو حوالة سوق، أنّ حكمها الرّدّ، أعني أن يرُدّ البائع الثّمن والمشتري المثمون. واختلفوا إذا قُبضت وتُصُرِّف فيها بعتق، أو هبة، أو رهن، أو غير ذلك من سائر التّصرّفات: هل ذلك فوتٌ يوجب القيمة؟ وكذلك إذا نَمَت أو نقصت. فقال الشّافعي: ليس ذلك كلُّه فوتاً، ولا شبهةَ ملكٍ في البيع الفاسد، وأنّ الواجب الرّدّ. وقال مالك: كلُّ ذلك فوتٌ يُوجب القيمة، إلاّ ما روى عنه ابنُ وهب في الرّبا أنّه ليس بفوت. ومثلُ ذلك قال أبو حنيفة."

ثمّ قال ابن رشد:

"والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة. فأمّا المحرّمة، فإنّها إذا فاتت، مضت بالقيمة. وأمّا المكروهة، فإنّها إذا فاتت، صحّت عنده، وربّما صحّ عنده بعضُ البيوع الفاسدة بالقبض، لخفّة الكراهة عنده في ذلك."[1]

---

(١) بداية المجتهد - ٢: ١٩٣

وتفصيلُ مذهب المالكيّة أنّ المبيعَ في البيع الفاسد إن تعذّر ردّه إلى البائع، فله أحكامٌ تخُصّه. ويُسمّى امتناعُ الرّدّ عندهم "فواتا". و يتحقّق الفواتُ بأسباب مختلفة منها أن يتغيّر سعرُ المبيع في غير مثليّ، وغير عقار. ومنها أن يتغيّر ذاتُ المبيع، مثل أن تسمَن الدّابّة، أو يُصيبها هزال، أو تُحفر في الأرض المبيعة بئرٌ للزّراعة، أو تُفتقَ فيها عينٌ، أو يُنشأ فيها غرسٌ أو بناءٌ مؤنتهما عظيمة. ومنها أن يكون البيعُ حيواناً، ويبقى في يد البائع زماناً طويلاً قدّروه في بعض الرّوايات بثلاثة أشهر، ومنها أن ينقُل المشتري المبيعَ إلى مكان يحتاجُ نقلُه إلى كُلفة، ومنها أن يخرُج المبيعُ من يد المشتري ببيع صحيح أو هبة أو صدقة أو تحبيس (وقف)، ومنها أن يتعلّق بالمبيع حقُّ الغير، مثل أن يرهنه المشتري ولم يقدر على خلاصِه لعُسره. ومنها أن يؤجرها إجارةً لازمةً ولم يقدر على فسخها.

ففي جميع هذه الحالات الّتي تحقّق فيها الفوات، يُنظر: إن كان فسادُ البيع مختلَفاً فيه، بأن يكونَ البيعُ صحيحاً في بعض المذاهب الفقهيّة المعتبرة، ولو خارج مذهب المالكيّة، فإنّ البيعَ يمضي بالثّمن، بمعنى أنّ المِلكَ ينتقل إلى المشتري، ويجب عليه الثّمن، إلّا في بعض المستثنيات، مثل البيع وقتَ نداء الجمعة، فإنّه لو تحقّق الفواتُ في المبيع، فإنّ البيعَ يمضي بالقيمة، مع كون الفساد في هذه الصّورة مُختلَفاً فيه.

أمّا إذا لم يكن هناك خلافٌ لأحد الفقهاء في فساد البيع، وتحقّق الفواتُ في المبيع، فإنّ المشتريَ يضمنُ قيمتَه يومَ القبض إن كان قيميّاً، ومثلَه إن كان مثليّاً إذا بيع كيلاً أو وزناً أو عدّاً، وعُلم قدرُه، ولم يتعذّر وجودُه. أمّا إذا بيع جُزافاً، أو بكيل أو وزن أو عدّ، ولكن نسيَ ذلك وقتَ القضاء بالرّدّ، أو علم ذلك في الوقت المذكور ولكن تعذّر وجودُه يوم القضاء بالرّدّ، فإنّه يضمن قيمتَه يوم القضاء بالرّدّ.[1]

---

(١) هذه خلاصة ما في الشرح الكبير للدردير مع حاشيته للدسوقي ٣: ٧١ إلى ٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٥٢- مذهب الشافعية في البيع الفاسد

أمّا الشّافعيّة، فقالوا: متى اشترى شيئاً شراءً فاسداً لشرط مفسد، أو لسبب آخر، لم يجز له قبضُه. فإن قبضَه لم يملكْه بالقبض، سواءٌ علم فساد البيع أم لا، ولا يصحّ تصرّفه فيه ببيع ولا إعتاق، ولا هبة، ولا غيرها، ويلزمه ردّه إلى البائع، وعليه مؤونة الرّدّ، كالمغصوب وكالمقبوض على سوم الشّراء، ولا يجوز له حبسُه لاسترداد الثّمن، ولأنّه يُقدّم به على الغرماء، ويلزمُه أجرتُه للمدّة الّتي كان في يده، سواءٌ استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده، لأنّه مضمونٌ عليه غيرُ مأذون للانتفاع به، فضمن أجرتَه، كالمغصوب. وإن كان تعيّب في يده لزمه أرش نقصه. وإن تلف لزمه ضمانُه، وهو القيمةُ أكثرَ ما كانت من حين القبض إلى حين التّلف، كالمغصوب.

أمّا الزّوائد الحادثة في المبيع عند المشتري، فهي مملوكةٌ للبائع، فيلزمُه ضمانُها إذا تلفت عنده، سواءٌ أكانت منفصلةً، كاللّبن، والثّمرة، والولد، والصّوف، أم متّصلةً، بأن سمنت عنده، ثمّ هزلت، وسواءٌ أتلفت العينُ أم ردّها، فيلزمُه ضمانُ الزّيادة الفائتة عنده.

وإذا كان المبيعُ بهيمةً، وأنفق عليها من اشتراه ببيع فاسد، لم يرجع على البائع بالنّفقة، لأنّه متبرّع.

وإن باع المشتري ما اشتراه شراءً فاسداً، فإنّ البيعَ الثّاني باطل، ولزم المشتريَ الثّاني ردُّه إلى المالك. ولا يجوز ردُّه إلى المشتري الأوّل. فإن تلف في يد الثّاني، نُظِر: إن كانت قيمتُه في يدهما سواءً، أو كانت في يد الثّاني أكثر، رجع المالكُ بالجميع على من شاء منهما، والقرارُ على الثّاني[1] لحصول التّلف في يده. وإن كانت القيمةُ في يد

---

(١) يعني أنّ الّذي يتحمّله في النّهاية هو المشتري الثّاني.

www.besturdubooks.wordpress.com

الأوّل أكثر، فضمانُ النّقص على الأوّل خاصّة، والباقي[١] يرجع به على مَن شاء منهما، والقرارُ على الثّاني. وكلّ نقص حدث في يد الأوّل يُطالَبُ به الأوّل دون الثّاني، وكلّ نقص حدث في يد الثّاني، يُطالب به من شاء منهما، والقرارُ على الثّاني.[٢]

٤٥٣ - مذهب الحنابلة في البيع الفاسد

والظّاهر أنّ مذهب الحنابلة في البيع الفاسد مثلُ مذهب الشّافعيّة، حيثُ جعلوا المقبوضَ ببيع فاسد مثلَ المغصوب في الضمان، إلاّ أنّ ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله تعالى، كما حكى عنه ابن قدامة، أنّه لو حدثت زيادة في المبيع عند المشتري، ثمّ فاتت، فإنّ المشتريَ لا يضمنها، ولو تلف المبيع بعد الزّيادة، أسقط تلك الزّيادة من القيمة وضمنه بما بقيَ من القيمة.[٣]

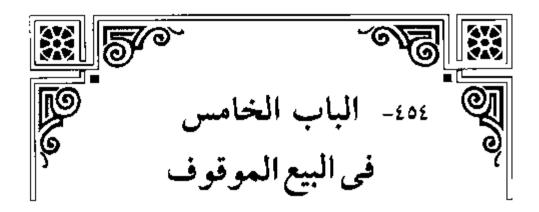
---

(١) وقع في النسخة المطبوعة من المجموع: "والثاني" بدل "والباقي" ولا يستقيم به المعنى، وقد وقع في روضة الطالبين ٣: ٤١٠ "والباقي يرجع به على من شاء منهما" فأثبتناه من روضة الطالبين، لأنّ المعنى يستقيم بذلك. والمقصود أنّ البائع يُطالبُ المشتريَ الأوّل بضمان النّقصان فقط. أمّا ما بقيَ من قيمة المبيع بعد ضمان النقصان، فيجوز له أن يُطالبَ به المشتريَ الأوّل أو المشتريَ الثاني. ولكنّ القرار على الثّاني، بمعنى أنّ الّذي يتحمّله في النّهاية هو المشتري الثاني. فإن كان رجع به على المشتري الأوّل، فإنّ المشتريَ الأوّل يحقّ له أن يرجع على المشتري الثاني بما أدّى إلى البائع. هذا ما ظهر لي، والله سبحانه أعلم.

(٢) هذه خلاصة ما في المجموع شرح المهذّب، باب ما يفسد البيع من الشّروط الخ ٩: ٣٦٩ إلى ٣٧٢

(٣) راجع المغني لابن قدامة، باب المصرّاة، فروع تتعلق بالشروط في العقد ٤: ٢٨٨ و ٢٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٥٤- الباب الخامس
فى البيع الموقوف

البيع الموقوف ما توقّف نفاذه على إجازة غير العاقد. وقد ذكر فقهاء الحنفيّة أنّ عدد المسائل الّتى يتوقف فيها البيعُ يبلغ إلى نيف وثلاثين مسئلة استوعبها ابنُ عابدين رحمه الله تعالى ناقلاً عن "النّهر الفائق."[1] ولكنّ معظمَها ترجع إلى بيع الفضوليّ، وهو الأهمّ منها، فنكتفى بذكره.

٤٥٥- بيع الفضوليّ

وتعريفُ الفضوليّ حسبما ذُكر فى الدرّ لمختار: "مَن يتصرّف فى حقّ الغير بدون إذنٍ شرعيّ."[2] فدخل فيه الصّبيّ المميّز إذا باع مالَ نفسه، لأنّ بيعَ ماله حقٌّ وليّه بشروطه، فبيعُه لنفسه وإن كان تصرّفاً فى حقّ نفسه فى الظّاهر، فإنّه تصرّفٌ فى حقّ الغير، وهو وليّه. وقد تكلّمنا على مسائل الصّبيّ المميّز فى مسائل شروط أهليّة العاقدين. وفى حكمه المعتوهُ والمحجورُ عليه.

---

(١) ردّالمحتار ١٥: ٢٨ فقره ٢٣٨١٢

(٢) الدرالمختار مع ردّالمحتار، كتاب البيوع، فصل فى الفضوليّ ١٥: ٦

www.besturdubooks.wordpress.com

وبيعُ الفضوليِّ عند الشّافعيّة في الجديد وعند الحنابلة في الرّاجح، باطلٌ لاأثر له،[١] لأنّ التّصرّفاتِ الشّرعيّةَ إنّما تصحّ إمّا بالملك أو بالولاية، ولايوجد أحدُهما في تصرّف الفضوليّ، فتصرّفُه لغوٌ لاأثرَ له.

وقال الحنفيّة والمالكيّة:[٢] إنّ تصرّفاتِ الفضوليّ الّتي لها مُجيزٌ حالةَ العقد منعقدةٌ موقوفةٌ على إجازة المُجيز من البيع، والإجارة، والنّكاح، والطّلاق ونحوها. فإن أجاز ينفذ، وإلاّ فيبطُل.

واستدلّوا على جواز بيع الفضوليّ بعد الإجازة بما أخرجه البخاريّ رحمه الله تعالى عن عروة بن أبي الجعد البارقيّ رضي الله تعالى عنه:

"أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أعطاه ديناراً يشتري له به شاةً، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاءه بدينارٍ وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التّراب لربح فيه." [٣]

وتصرّفُ عروةَ رضي الله تعالى عنه في بيع إحدى الشّاتين المملوكتين لرسول الله

---

(١) المغني لابن قدامة، كتاب الوكالة ٥: ٢٤٩ و ٢٥٠

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٣ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢: ١٢

(٣) صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب بغير عنوان في علامات النبوة، حديث ٣٦٤٢ وإنّ البخاريّ قد أعقبه ببيان أنّ شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة، وإنّما سمعه من الحيّ فظهر أنّه منقطعٌ بين شبيب وعروة. ولكن أخرجه التّرمذيّ وأحمد من طريق أبي لبيد عن عروة البارقيّ وهو إسناد متصل. ولذلك قال المنذريّ والنّوويّ: "إسناده صحيح لمجيئه من وجهين." (راجع إعلاء السّنن ١٤: ٤١٠ و٤١١ للمفصل)

www.besturdubooks.wordpress.com

صلّى الله عليه وسلّم بدون إذنٍ منه بذلك كان تصرّف الفضوليّ، وقد أجازه رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم، فثبت جواز مثل هذا التّصرّف بعد الإجازة من المالك.

وقد رُوي مثلُ هذه القصّة عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه أيضاً، أخرجها الترمذيّ، ولكن أعلّه بأنّ حبيب بن أبي ثابت لم يسمع من حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه.[1]

قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ولأنّ تصرّف العاقل محمولٌ على الوجه الأحسن ما أمكن. وقد أمكن حملُه على الأحسن ههنا، وقد قصد البرّ به والإحسان إليه بالإعانة على ماهو خيرٌ للمالك في زعمه، لعلمه بحاجته إلى ذلك...فيتوقّف على إجازة المالك، حتّى لو كان الأمرُ على ما ظنّه مباشرُ التّصرّف أجازه، وحصل له النّفعُ من جهته، فينال الثّواب والثّناء، وإلّا فلا يجيزه."[2]

٤٥٦- شروط صحّة بيع الفضوليّ عند الحنفيّة

ويُشترط عند الحنفيّة لصحّة بيع الفُضوليّ شروطٌ آتية:

١- الشّرط الأوّل لجواز بيع الفضوليّ: أن يكون له مُجيزٌ حالة العقد. فإن لم يكن له مُجيزٌ في ذلك الوقت، بطل البيع، مثل أن يبيع صبيٌّ ماله بمُحاباة فاحشة،[3] فليس له مُجيزٌ وقت العقد، لأنّ وليّه لايملك إجازة ذلك البيع لكونه ضارّاً محضاً، فلو بلغ الصّبيُّ بعد ذلك وأجازه لم يجز، لأنّ المُجيز لم يكُنْ موجوداً وقت العقد.

---

(١) جامع الترمذي، باب الشراء والبيع الموقوفين، حديث ١٢٥٧
(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٤
(٣) ردالمحتار ١٥: ٩ فقره ٢٣٧٧١

www.besturdubooks.wordpress.com

٢- الشّرط الثّاني: أن يعقدَ البيعَ على أنّه يبيعُه لمالكه، لالنفسه. فإن باعه لنفسه، لم ينعقد البيعُ أصلاً، لأنّه بيعُ ما لا يملكُه.

٣- الشّرط الثّالث: أن يبقى العاقدان والمعقودُ عليه والمالكُ إلى وقت الإجازة. فلو هلك البائع أو الفضوليّ العاقد، بطل البيع. وكذا لو هلك المبيعُ، أو تغيّر حتّى صار شيئاً آخر. وكذلك يُشترط بقاءُ الثّمن إن كان عَرضاً معيّنا، كما في المقايضة، لأنّه مبيعٌ من وجه. وإن مات المالكُ، لاينتقل حقّ الإجازة إلى وارثه، بل يبطُل البيع.

٤- أن يكون المالكُ المُجيزُ يعلم بقاءَ المبيع عند الإجازة. فإن لم يعلم عند الإجازة أنّه قائمٌ على حاله، لاتصحّ الإجازة. وهذا قول أبي يوسف الأخير، وقال محمّد رحمه الله تعالى: تصحّ الإجازةُ وإن لم يعلم حاله. وهو قول أبي يوسف المرجوع عنه.

٥- أن لايكون البائعُ أو الفضوليُّ العاقدُ فَسَخ البيع قبل إجازة المالك. فيجوز لكلّ واحدٍ منهما أن يفسَخا البيع قبل الإجازة من المالك، لأنّه فسخٌ قبلَ لزوم العقد. ويجوز الفسخُ للفضوليّ قبل إجازة المالك ليدفع الحقوقَ عن نفسه، فإنّه بعد الإجازة يصيرُ كالوكيل، وترجعُ حقوقُ العقد إليه، فيُطالَبُ بالتّسليم ويُخاصَمُ بالعيب. وفي ذلك ضررٌ عليه، فله دفعُه عن نفسه قبل ثبوته.(١)

٤٥٧- شروط صحّة بيع الفضوليّ عند المالكيّة

أمّا المالكيّة، فاشترطوا لصحّة بيع الفضوليّ شروطاً آتية:

---

(١) هذه الشّروط وأحكامُها كلّها مأخوذةٌ ملخّصةً من الدّرّ المختار وردّالمحتار، فصل في الفضوليّ ١٥: ٢٩ إلى ٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

١-أن لايكونَ المالكُ حاضراً في مجلس البيع، ولكنّه حاضرٌ في البلد، أو غائبٌ عنه غيبةً قريبةً، لابعيدةً، بحيثُ يضُرّ الصّبرُ إلى قدومه أو مشورته. فإن كان حاضراً في مجلس العقد وسكت، لزمه البيع، وصار الفضوليُّ وكيلاً له في البيع، فهو الّذي يُطالبُ المشتريَ بالثّمن، ثمّ يُطالبه المالكُ بالثّمن الّذي قبضه من المشتري. فإن مضى نحوُ عامٍ، ولم يُطالب المالكُ البائعَ الفضوليَّ بالثّمن، فلاشيءَ له عليه. وصار الثّمنُ ملكاً للبائع الفضوليّ. ولايُعذَر بجهلٍ في سكوته إذا ادّعاه. ومحلُّ مطالبة المالك للفضوليّ بالثّمن مالم يمضِ عامٌ. فإن مضى العامُ وهو ساكتٌ، سقط حقُّه في الثّمن. هذا إن بيع بحضرته.

أمّا إن بيع في غَيبته. فله نقضُ البيع إلى سنة. فإن مضت سنةٌ بعد علمه وهو ساكتٌ، سقط حقُّه في النّقض، ولا يسقُط حقُّه في الثّمن، ما لم تمضِ مدّةُ الحيازة، وهي عشرةُ أعوام.[1]

٢-والشّرط الثّاني: أن لايكون البيعُ صَرْفاً.

٣-أن يكونَ البيعُ في غير الوقف. وأمّا في الوقف، فبيعُ الفضوليّ فيه باطل.[2]

٤٥٨- إجازةُ بيع الفضوليّ

والإجازةُ من قِبل المالك قد تكونُ قولاً بما يدلّ على رضاه بالبيع، مثل قوله: "أجزتُ".

(١) ملخص من الشرح الكبير للدردير وحاشيته للدسوقي ٣: ١٢

(٢) شرح الزّرقانيّ على مختصر خليل ٥: ١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد تكون فعلاً، مثل أن يقبل الثمن أو بعضه، أو يهبه للمشتري. أمّا إن كان حاضراً وقت البيع وسكت، فالسكوت لايعتبر إجازةً عند الحنفيّة[١] على أصلهم أنه لاينسب لساكت قول. أمّا المالكيّة، فيعتبرون السكوت إجازةً كما مرّ في شروطهم.

٤٥٩- تصرف الفضوليّ في القانون الوضعيّ

والقانون الوضعيّ السائد في بلادنا موافقٌ لمذهب المالكيّة في أنّ سكوت المالك عند العقد يُعتبر إجازة منه للعقد، كما هو مصرّح في المادة ٢٧ من قانون بيع المال. ولكنّ هناك نظريّتين في القوانين الوضعيّة بالنّظر إلى تصرف الفضوليّ. النّظريّة الأولى مائلةٌ إلى حماية المشتري الّذي اشترى من الفضوليّ على ظنّ أنّه هو المالك، وله حقّ البيع، فتسعى هذه النظريّة إلى صحّة البيع في حقّه ما أمكن. والنّظريّة الثّانية مائلةٌ إلى حماية المالك الأصليّ، فتسعى إلى إبطال البيع الّذي عقده غير المالك. وإنّ القانون الإنكليزيّ جمع بين أمرين، فالأصلُ فيها أنّ تصرّف الفضوليّ لا أثر له بدون إجازة المالك، ولو كان بالسّكوت. ولكن هناك مستثنياتٌ من هذا الأصل. ومن هذا المستثنيات ما إذا فوّض المالكُ البيع إلى وكيل للتّجارة (Mercantile Agent) واشترط عليه أن يبيعَه بثمن مخصوص، ولكنّ وكيل التّجارة باعه بثمن أقلّ، واشترى منه المشتري على زعم أنّه يبيع حسب تفويض المالك، ثمّ غاب الوكيل، فإنّ البيع صحيح، والمشتري يملك المبيع بهذا العقد.[٢]

---

(١) قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى: "سكوت المالك عند العقد ليس بإجازة، خانيّة." (الدرّ المختار مع ردّ المحتار ١٥: ٥٠)

(٢) Sale of Goods Act, Section 27, example 10

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا في الشّريعة الإسلاميّة، فإنّ الوكيل إذا خالف شروط الموكّل، فإنّه يصير فضوليّاً في ذلك التصرف المخالف، فلا ينفذ تصرّفه.[1] وللمالك أن يُثبت بالبيّنة أنّه اشترط على الوكيل ثمناً، وقد خالف الوكيل هذا الشّرط.

٤٦٠ - أثر إجازة المالك على بيع الفضوليّ

إن أجاز المالكُ بيعَ الفضوليّ، انقلب الفضوليُّ وكيلاً عنه في جميع الأحكام باتّفاق بين الحنفيّة والمالكيّة. فإن هلك الثّمنُ عنده بعد قبضه من المشتري بدون تعدٍّ منه، فإنّه لايضمنه للمالك، سواءٌ أهلك قبل الإجازة أم بعدها. لأنّ الفضوليّ بالإجازة اللاّحقة صار كالوكيل، فيكونُ الثّمن في يده أمانةً قبل الهلاك من حين قبضه، فيهلك على المجيز، وإن كانت الإجازةُ بعد الهلاك.[2]

٤٦١ - الإجازة من قبل الشخصيات المعنويّة

وإن كان المالكُ شخصاً معنويّاً، فالإجازةُ إنّما تُعتبر ممّن يمثّل ذلك الشّخصَ المعنويَّ في تصرّفات البيع، مثل المتولّي في الوقف. فإن باع فضوليٌّ مالَ الوقف، فهو باطلٌ عند المالكيّة، كما سبق في شروطهم. أمّا عند الحنفيّة، فإن باع الفضوليُّ ما لايملك المتولّي بيعه، فالبيعُ باطلٌ عندهم أيضاً، مثل أن يبيع المسجد. وإن باع ما يملكُ المتولّي بيعه، مثل مملوكات الوقف الّتي ليست وقفاً، أو الوقف الّذي شرط فيه الواقفُ الاستبدالَ، فإنّ البيع موقوفٌ على إجازة المتولّي. ولو كان للوقف متوليان،

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء ٦: ٣٢٩

(٢) ردّ المحتار عن الزّيلعي وابن ملك ٥: ٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

وباع أحدهما بحضرة الآخر، توقّف البيعُ على إجازة الآخر.[1]

وكذلك مالُ الشّركات المساهمة، إن باعها من لاحقّ له في بيع ممتلكات الشّركة حسب النّظام، فإنّه فضوليٌّ، وإن كان موظّفاً في تلك الشّركة. ويملك إجازته من له حقُّ البيع حسب نظام الشّركة، ويمكن أن يختلف المجيزُ حسب نوعيّة المبيعات، فإنّ هناك أشياءَ بسيطة يفوّض بعضُ الموظّفين ببيعها، وهناك أشياءُ يُسمح ببيعها من قبل المدير التّنفيذي، وأشياءُ أخرى لابدّ لبيعها من قرار مجلس الإدارة، أو الجمعيّة العموميّة.

٤٦٢- ردّ بيع الفضوليّ

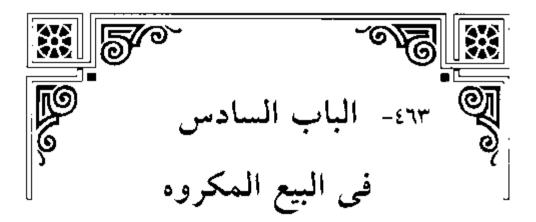
وإن لم يُجزْ من له الإجازةُ البيعَ، فالبيع باطل. وإن كان الفضوليُّ قبض الثّمن من المشتري، وجب ردُّه إلى المشتري إن كان قائماً. فإن هلك الثّمنُ بيد الفضوليّ قبل الإجازة، وكان يعلم المشتري أنّ من يدفع إليه الثّمنَ فضوليٌّ وليس مالكاً، فإنّ الفضوليَّ ليس ضامناً له إن هلك بغير تعدٍّ منه، لأنّه أمين في قبض الثّمن. ووجهُ كونه أميناً أنّ المشتري إذا دفع إليه الثّمن مع علمه بكونه فضوليّاً، فإنّ ذلك صيّره كالوكيل لدفع الثّمن إلى المالك. أمّا إن كان المشتري لايعلمُ أنّه فضوليٌّ، ثمّ هلك الثّمن، فإنّ الفضوليَّ ضامنٌ، ويجب عليه أن يردّ إليه مثله.[2]

---

(١) الدر المختار مع ردّ المحتار ٥: ٢٧ ودرر الحكام شرح المجلة ١: ٤٢٢ مادة ٤٤٦

(٢) الدر المختار مع ردّ المحتار ٥: ٣٣ و ٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٦٣- الباب السادس

في البيع المكروه

والقسم الخامس: هو البيع المكروه. والمراد منه البيع الذي نهى عنه الشارع لمعنى خارج عن صلب العقد. وحكمه عند الحنفية أن عاقده يأثم، ولكن البيع نافذ مع الإثم. والكراهة في الجميع تحريمية.[1] وذهب بعض الفقهاء الحنفية إلى أن فسخه ليس بواجب.[2] ولكن صحح ابن الهمام وغيره أن الفسخ واجب على العاقدين لرفع المعصية بقدر الإمكان. وجمع ابن عابدين بين القولين بأن الفسخ في البيع المكروه واجب ديانة فقط، وفي الفاسد واجب ديانة وقضاء.[3]

وأما مذهب غير الحنفية، فسنبينه عند ذكر كل بيع مكروه إن شاء الله تعالى.

٤٦٤- البيع وقت النداء

فمن البيع المكروه البيع عند أذان الجمعة وبعده إلى أن تقضى الصلوة. وذلك لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا

---

(١) كما صرح به ابن الهمام في فتح القدير ٦: ١٠٦

(٢) ذكره ابن عابدين في رد المحتار ٤: ٧١٦ عن الدرر والغرر

(٣) رد المحتار ٤: ٧٣٨ فقرة ٢٣٧٥١

www.besturdubooks.wordpress.com

الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ [الجمعة : ٩] ومذهب الحنفيّة أنّ المعتبرَ فيه الأذانُ الأوّل للجمعة، والمعتمد عند المالكيّة[١] والحنابلة أنّ المعتبر فيه الأذانُ الثّاني عقيبَ جلوس الإمام على المنبر، إلاّ إذا كان منزلُ لمرأ بعيداً عن مسجد الجمعة، بحيثُ لايمكنه إدراكُ الجمعة إلاّ بالسّعي قبل الأذان، فعليه السّعيُ في الوقت الّذي يكون به مُدركاً للجمعة.[٢]

وفصّل الشّافعيّة فقالوا: "إن كان (البيع) قبل الزّوال، لم يُكره، وإن كان بعده وقبلَ ظهور الإمام أو قبل جلوسه على المنبر، وقبلَ شروع المؤذّن في الأذان بين يدي الخطيب، كُره كراهةَ تنزيه. وإن كان بعد جلوسه على المنبر، وشروعِ المؤذّن في الأذان، حرُم البيع على المتبايعين جميعاً."[٣]

ثمّ النّهيُ عن البيع مختصرٌ عند الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة بمن تجب عليه الجمعة. فأمّا غيرُهم من النّساء والصّبيان والمسافرين، فلا يُكره لهم البيع. وذلك لأنّ النّهيَ معلّلٌ بترك السّعي الواجب، فغيرُ المخاطب بالسّعي لايتناوله النّهي.[٤]

وأمّا المالكيّة، فالبيع بعد جلوس الإمام على المنبر حرامٌ عندهم للجميع، وإن كان المتبايعان ممّن لاتجب عليهم الجمعة. وقيّده ابنُ رشد بما إذا كان في الأسواق، ويجوز في غير الأسواق لمن لاتجبُ عليه.[٥]

---

(١) الشرح الكبير للدّرديرمع الدّسوقي، فصل في الجمعة ١: ٣٨٦

(٢) المغني لابن قدامة، باب الجمعة ٢: ١٤٥

(٣) المجموع شرح المهذّب للنووي، باب صلاة الجمعة ٤: ٥٠٠

(٤) ردّالمحتار ١٤: ٧١٧ والمغني لابن قدامة ٢: ١٤٦ والمجموع شرح المهذّب ٤: ٥٠١

(٥) حاشية الدّسوقي، فصل في الجمعة ١: ٣٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٦٥- حكم البيع المعقود عند نداء الجمعة

وأمّا إذا عُقد البيع المكروه عند النّداء، على اختلافٍ في تفسيره، فإنّه لايصحّ عند الحنابلة. قال شمس الدّين ابن قدامة رحمه الله تعالى: "فإن باع، لم يصحّ البيعُ للنّهي عنه." [١] وقدّمنا أنّ البيعَ يصحّ عندالحنفيّة، إلاّ أنّه يجب فسخُه عند ابن الهمام وغيره. وقال الشّافعيّة: "لايبطل البيع، لأنّ النّهيَ لايختصّ بالعقد، فلم يمنع صحّته، كالصّلاة في الأرض المغصوبة." [٢] ولم يقولوا بوجوب الفسخ. وفصّل المالكيّة فقالوا: إن كان كلٌّ من المتبايعين أو أحدُهما ممّن تلزم عليه الجمعة، وجب فسخُ البيع، وإن كانا ممّن لاتلزمهم الجمعة، مثل المرأة أو المسافر لايُفسخ البيع، ويَستغفران. [٣]

ثمّ استثنى بعضُ الفقهاء من حرمة البيع ما إذا احتاج إليه لصلوة الجمعة، مثل الماء. قال الدّسوقيّ رحمه الله تعالى: "واعلم أنّ محلَّ حرمة البيع...مالم ينتقض وضوءُه واحتاج لشراء ماء الوضوء، وإلاّ جاز له الشّراء." ثمّ نقل قول أبي الحسن رحمه الله تعالى: "لأنّ المنعَ من الشّراء والبيع إنّما هو لأجل الصّلوة، وبيعُ الماء وشراؤُه حينئذ إنّما هو ليتوصّل به للصّلوة، فلذلك جاز." [٤] ويؤخذ منه أنّ ما كان يُتوصّل به للصّلوة أو يُستعان به للسّعي يجوز بيعُه وشراؤه في الطّريق.

٤٦٦- حكم تعدّد الجمعة في أوقات مختلفة

ولم يذكر الفقهاء حكمَ ما إذا تعدّدت الجمعةُ في بلد واحد في أوقات مختلفة، لأنّ

---

(١) الشرح الكبيرعلى المقنع لشمس الدّين بن قدامة مع المغني ٤: ٣٩

(٢) المجموع شرح المهذّب للنووي، باب صلاة الجمعة ٤: ٥٠٠

(٣) الدّسوقيّ ١: ٣٨٨

(٤) حاشية الدّسوقي ١: ٣٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

العادةَ أنّها كانت تُقام في محلٍ واحد، أوفي وقت واحد، وإن كانت في مواضعَ مختلفة. وقد شاع في البلاد اليوم أنّها تُقام في مواضع مختلفة في أوقات مختلفة. فهل يُكره البيع عند الأذان الأوّل أينما كان في البلد، أو عند الأذان في أقرب مسجد للمتبايعين؟ قد اختلفت فيه فتاوى مشايخنا. فأفتى الإمام أشرف علي التّهانويّ رحمه الله تعالى بأنّه يُكره بأوّل أذان يؤذّن في البلد، وقاسه على وجوب الإجابة باللّسان، حيثُ يجب إجابةُ أوّل أذانٍ يسمعه الإنسان في البلد، وإن لم يكن في مسجد حيّه.[1] وأفتى شيخنا العلاّمة المفتي رشيد أحمد رحمه الله تعالى بأنّ البيع يُكره عند أذان مسجد الحيّ، لأنّ الإجابة بالقدم إنّما تجب به.[2] والظّاهر أنّه هو الرّاجح، لأنّ الفقهاءَ إنّما علّلوا منعَ البيع بكونه مؤدّياً لترك السّعي الواجب. ولايتّجه أن يُقال إنّ السّعيَ واجبٌ بالأذان في أقصى البلد، وإن كان الرّجل يُصلّي في مسجده القريب ولم يؤذّن فيه، لأنّ الله سبحانه وتعالى أضاف وجوبَ السّعي إلى النّداء الّذي خوطب به المكلّف، وهذا النّداءُ نداءُ المسجد الّذي يُصلّي فيه الجمعة، والله سبحانه أعلم.

وكذلك استثنى بعضُ الحنفيّة ما إذا تبايع إثنان وهما يمشيان إلى الجمعة، لأنّه لايُخلّ بالسّعي، ولكن اختلفت فيه الفتاوى أيضاً.[3] فينبغي التّنزه عنه إلاّ لحاجة ملحّة.

وقد تعوّد بعض التّجّار أنّهم لايُغلقون محلاّتهم التّجاريّة بعد أذان الجمعة، ويبرّرون عملهم بأنّ أصحاب دكّان واحد يتناوبون في أداء صلوة الجمعة في مساجد مختلفة

---

(١) إمداد الفتاوى ١: ٨٠١ سؤال ١٦٥

(٢) أحسن الفتاوى، باب الجمعة ٤: ١٢٨

(٣) راجع الدر المختار مع ردّالمحتار، باب الجمعة ٥: ٨١ وباب البيع الفاسد ١٤: ٧١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

فى أوقات مختلفة، فلا تفوتُ الجمعة على أحدٍ منهم. والظّاهر أنّ هذا لايجوز، وذلك لأنه يُمكّن جميعَ المشترين من عقد الشّراء بعد الأذان، حتّى الّذين لايجوز لهم ذلك لإخلالهم بالسّعي الواجب في حقّهم. وقد ذكر الفقهاءُ أنّ كلّ واحد من العاقدين يأثم فى هذه الصّورة. قال الشّيرازيّ رحمه الله تعالى فى المهذّب:

"فإن تبايع رجلان أحدُهما من أهل فرض الجمعة، والآخرُ ليس من أهل فرضها أثِما جميعاً، لأنّ أحدَهما توجه عليه الفرضُ فاشتغل عنه، والآخرُ شَغله عنه."[1]

والّذى يظهر لى أنّ قول الله سبحانه وتعالى: "وَذَرُوا الْبَيْعَ" ليس نهياً عن عملٍ فرديٍّ فقط، بل هو سدٌّ لباب البيع والشّراء فى هذا الوقت على مستوى المجتمع، لأنّ الجمعةَ من شعائر الإسلام، وينبغى أن يكون لها مظهرٌعامّ. وأمّا من أجاز البيعَ والشّراءَ لمن لاتجب عليه الجمعة، فهو من المستثنيات على مستوى الأفراد، لا أن يُجعل أصلاً، وأن تُفتح له الأسواق، ولو بالتّناوب. والله سبحانه أعلم.

٤٦٧– السّوم على سوم غيره

ومن البيوع المكروهة ما وقع فيه السّومُ على سوم غيره. وقد وقع عنه النّهيُ فى الحديث الصّحيح عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه: "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لايسُمِ المسلمُ على سَوم أخيه." "[2] وفسّره ابنُ الهمام رحمه الله تعالى

---

(١) المهذّب مع المجموع، باب صلاة الجمعة ٤: ٥٠٠

(٢) أخرجه مسلم في باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه، حديث ٣٧٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

بقوله: "هو أن يتراضيا بثمن، ويقع الركون به، فيجيئ آخرُ فيدفع للمالك أكثر، أو مثله غير أنّه رجلٌ وجيه، فيبيعُه منه لوجاهته."[1]

وقد وقع في حديث عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لايبيع بعضكم على بيع أخيه"[2] وفسّره ابن الهمام رحمه الله تعالى بقوله: "أن يتراضيا على ثمن سلعة، فيجيئ آخر فيقول: أنا أبيعُك مثلَ هذه السّلعة بأنقصَ من هذا الثّمن، فيضُرّ بصاحب السّلعة." وفسّره الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى بأن يشتريَ رجلٌ سلعةً على خيار، فيقول له رجل: افسَخْ شراءك هذا، أنا أبيعُك نظيرَها بأرخص. ويدخل في هذا الحكم الشّراءُ على شراء بعض، وهو أن يكون الخيارُ للبائع، فيقول له رجل آخر: افسَخْ بيعك هذا، وأنا أشتريه منك بأكثر."[3]

والحاصل: أنّه إذا تبيّن تراضي العاقدين الأوّلين وركونُ أحدهما إلى الآخر، فلاخلافَ في عدم جواز المساوَمة من قبل غيرهما. أمّا إذا لم يوجد ما يدلّ على الرّضا ولا على عدمه، فهوجائز، كما يجوز الخِطبة على خِطبة الآخر إن لم يظهر التّراضي.[4] وذلك لحديث فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها أنّها ذكرت

---

(١) فتح القدير ٦: ١٠٧

(٢) أخرجه البخاري، باب لايبيع على بيع أخيه، حديث ٢١٣٩ ومثله عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه حديث ٢١٤٠

(٣) فتح الباري، باب لايبيع على بيع أخيه ٤: ٣٥٣

(٤) فتح القدير ٦: ١٠٧ وبداية المجتهد ٢: ١٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّ أباجهم ومعاوية بن أبى سفيان خطباها، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: "أمّا أبوجهم، فلا يضعُ عصاه عن عاتقِه، وأمّا مُعاوية، فصُعلوكٌ لامالَ له: انكحي أسامة بن زيد."[1]

وظهر بهذا أنّ العُروض الّتي يُقدّمها التّجارُ إلى مَن يُريد الشّراء ليس داخلاً في النّهي، لأنّه لايظهرُ تراضي الطّرفين عند العَرض، فلا بأس أن يتقدّم تاجرٌ على عَرْض تاجرٍ آخر، مالم يكن ظهر تراضيهما واستقرارُهما على ثمن.

ثمّ السّومُ على سوم الغير منهيٌّ عنه عند الجميع، وقد عبّر بعضُهم عنه بالكراهة، وآخرون بالحرمة، بعد اتّفاقهم على كونه إثماً. ولكن لو عقد المساومُ الثّاني البيعَ، فالبيع صحيحٌ عند الجمهور، وخالفهم داود الظّاهريّ، فقال: لاينعقد البيع أصلاً. وبه قال المالكيّة والحنابلة في رواية.[2] ومذهب الجمهور هو الرّاجح.

٤٦٨- النَّجْش

النَّجش (بسكون الجيم، وقيل: بفتحها) في اللّغة بمعنى إثارة الصّيد وتنفيره من مكان إلى مكان. وقيل: معناه الخداع، وقيل: المدح والإطراء. أمّا معناه في الاصطلاح

---

(١) أخرجه مسلم والتّرمذيّ وأبو داود، وهذا لفظ مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلّقة البائنة لانفقة لها، حديث ٣٦٩٧

(٢) فتح الباري ٤: ٣٥٤ وقال ابن رشد: "وفقهاء الأمصار على أنّ هذا البيع يُكره، وإن وقع مضى، لأنّه سوم على بيع لم يتمّ، وقال داود وأصحابه: إن وقع فُسخ في أيّ حالة وقع تمسكاً بالعموم. وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت. وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع، فقال: وإنما قال بذلك مالك في النّكاح." (بداية المجتهد ٢: ١٦٥) وذكر ابن قدامة القولين ثمّ ذكر الصحّة في الأخير والظّاهر أنّه رجّحه. (المغني ٤: ٢٧٨ و ٢٧٩)

www.besturdubooks.wordpress.com

الفقهيّ: فهو أن يزيدَ الرّجل في ثمن السّلعة، لا لرغبة نفسِه في شراء ها، بل ليخدعَ غيره ليرغبَ فيها ويشتريَه بثمنٍ زائد. وقد ورد عنه النّهيُ في الحديث الصّحيح الصّريح عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "ولاتناجشوا".(١)

ولذلك أجمع الفقهاءُ على حرمته. فإن كان النّاجشُ فعل ذلك من عند نفسه، ولم يعلمْ به البائع أو لم يأمره، فالإثمُ على النّاجش وحده. وإن وقع ذلك بمواطأةٍ من قبل البائع، فالإثم عليهما.

وذكر ابنُ العربيّ من المالكيّة أنّه إن رأى بائعاً يُغبَن في بيعه، ويأخذُ منه بعضُ المشترين السّلعة بأقلّ من قيمة مثلها، جاز النّجْش حتّى تبلغ السّلعةُ قيمتَها، بل يكون مأجوراً على رفع الغبن عن أخيه المسلم. وبه يقول الحنفيّة. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى:

"فأمّا إذا لم تكن (السّلعة) بلغت قيمتها، فزاد القيمةَ لايُريد الشّراء، فجائز، لأنّه نفعُ مسلم من غير إضرارٍ بغيره إذ كان شراؤ الغير بالقيمة."(٢)

وأمّا حكمُ البيع الّذي عُقد بطريق النّجش، فالبيع صحيحٌ مع الإثم عند الحنفيّة والشّافعيّة، وفي الرّاجح من مذهب الحنابلة. وقال أهل الظّاهر: البيع باطل رأساً. وبه

---

(١) أخرجه البخاريّ، باب لايبيع على بيع أخيه، حديث ٢١٤٠

(٢) شرح الأبي على صحيح مسلم ٤: ١٨١ و فتح القدير٦: ١٠٦ ومثله في الدّرّالمختار وردّالمحتار ٤: ٧١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

قال مالك وأحمد في رواية. وإن كان في البيع غبنٌ فاحش، فللمشترى خيارُ الفسخ عند المالكيّة[1] والحنابلة، سواءٌ أكان النَّجش بمواطأة من البائع أم لم يكن. أمّا عند الحنفيّة، فلاخيارَ للمشتري مطلقاً، وهو قولُ الشّافعيّة في رواية. وعنهم روايةٌ أخرى أنّ للمشترى الخيارَ إن كان النَّجش بمواطأة من البائع.[2]

وقد مرّ تفصيل أحكامه في مبحث بيع المزايدة والحمد لله تعالى.

---

(١) الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي ٣: ٦٨

(٢) هذا ملخص ما في المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٦٩- المبحث التاسع
في
تدخّل السّلطات
في التجارة الحرّة

www.besturdubooks.wordpress.com

ثمّ إنّ من حكمة شريعة الله سبحانه وتعالى أن تكون التّجارةُ في السُّوق حرّةً يتعامل فيها الباعة والمشترون بتراضيهما الحرّ بدون أن يتدخّل فيه أحدٌ من الخارج. ولكنّ الشّريعةَ في الوقت نفسه اعتبرت أن لايكون تراضي الطّرفين يُفوّت حقَّ العامّة. ومن هذه الجهة، فقد نُهيَ عن عدّة بيوع، وإن كانت تجمع شروطَ صحّة البيع، لكونها تضرّ بعامّة النّاس في الحصول على حاجاتهم، أو تُفسد السّير الطّبيعيّ للسّوق. ونذكر فيما يأتي أنواعاً من هذه التّعاملات.

٤٧٠- بيع الحاضر للبادي

فمنها ومن البيوع المكروهة بيعُ الحاضر للبادي، لحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما:

"نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم أن يُتلقّى الرُّكبانُ وأن يبيعَ حاضرٌ لبادٍ."

وقد فسّره العلماء بتفسيرين: أحدُهما ما ذكره صاحبُ الهداية والكاسانيّ رحمهما الله تعالى، وهو أن يلتزمَ البائعُ البلديّ أن لايبيعَ سلعتَه إلاّ من أهل البدْو طمعاً في الثّمن الغالي. وسببُ المنع فيه أنّه يترك أهلَ البلد في عوز. ولذلك قيّدوه بحالة القحط والعوز في البلد.[1]

والتّفسير الثّاني قد اختاره جمهورُ الفقهاء والمحدّثين، و ذكره ابن الهمام رحمه تعالى عن الحلواني: "هو أن يمنع السّمسارُ الحاضرُ القرويَّ من البيع، ويقولَ له: لاتبعْ أنت، أنا أعلم بذلك. فيتوكّل له، ويبيع ويُغالي. ولو تركه يبيع بنفسه، لرخُص

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ١٠٧ وبدائع الصنائع ٤: ٤٨٠ ورد المحتار ١٤: ٧٢٤ فقره ٢٣٧٢١

www.besturdubooks.wordpress.com

على النّاس." [١] وهذا التّفسير أصحّ بالنّظر إلى لفظ الحديث، ولما أتبعه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من قوله: دعوا النّاس يرزق الله بعضهم من بعض." [٢] ولأنّ ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فسّره بقوله: "لا يكون له سمساراً." [٣]

وبما أنّ علّة النّهي الإضرار بأهل البلد، فقيّده جميع الفقهاء بشروطٍ كلّها ترجع إلى الضّرر بأهل البلد، بأن يُحدث الغلاء في السّوق. وقد بسطت الكلام على ذلك في تكملة فتح الملهم. [٤]

ثمّ إنّ البيع، وإن كان منهيّاً عنه، ولكنّه نافذٌ مع الإثم عند الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة في قولهم المختار، وبه قال أحمد في رواية. وعنه روايةٌ أخرى: أنّ البيع لا ينعقد أصلاً، ويظهر من كلام ابن قدامة أنّه رجّحها. [٥]

ولمّا ثبت أنّ النّهي مختصٌّ بما إذا أدّى ذلك إلى الضّرر بأهل البلد، فإن لم يكن فيه ضررٌ بأهل البلد، وإنّما أراد الحضريُّ أن يُعين قرويّاً في بيع ما عنده بدون التّأثير في السّعر، فهو جائز. وإلى هذا أشار البخاريّ رحمه الله تعالى حيثُ قال في ترجمته على هذا الحديث: "هل يبيع حاضرٌ لبادٍ بغير أجر؟ وهل يُعينه أو ينصحه؟" ثمّ بدأ بقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "إذا استنصح أحدُكم أخاه، فلينصحْ له."

وعلى هذا، ما راج في زماننا من أنّ أصحاب الزّروع والثّمار يجعلون بعض التّجار

---

(١) فتح القدير ٦: ١٠٧

(٢) أخرجه مسلم، باب تحريم بيع الحاضر لبادي، حديث ٣٨٠١

(٣) أخرجه البخاريّ، حديث ٢١٥٨

(٤) تكملة فتح الملهم ١: ٢١٨ إلى ٢٢١

(٥) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

وكلاء لهم بوكالة عامّة، ويشحنون إليهم المنتجات الزّراعيّة ليبيعوها بالنّيابة عنهم، فإنّ جوازه مشروطٌ بأن لايضرّ بأهل البلد، وذلك أن يحتكر هؤلاء التّجار ما يصل إليهم من المنتجات الزّراعيّة، وأن ينتظروا الغلاء في السّوق. أمّا إن لم يستلزم ذلك الاحتكار ولا التحكّم في الأسواق، فلابأس بذلك، والله سبحانه وأعلم.

٤٧١ - تلقّي الجلب

ومنها النّهيُ عن تلقّي الجلب. والمراد من الجلب الرّكبُ الّذين يجلبون السّلع إلى البلد. والمرادُ من تلقّيهم أن يخرج رجل من أهل البلد ويتلقّاهم قبل أن يصلوا إلى البلد، ويشتريَ منهم السّلع، وهو ممنوعٌ في حالتين:

الأولى: أن يكونَ لأهل البلد حاجةٌ إلى تلك السّلع، ويتلقّاهم الرّجل ليشتريَ منهم ويبيعَ إلى أهل البلد بثمنٍ غالٍ.

والثّانية: أن يشتريَ منهم بأرخصَ من سعر البلد، وهم لايعلمون بالسّعر. وهو ممنوعٌ بنفس الحديث الّذي ذكرناه في بيع الحاضر للبادي. والنّهيُ معلولٌ بالضّرر إمّا بأهل البلد في الصّورة الأولى، وإمّا بأهل الرّكب في الصّورة الثّانية. وبذلك قال الحنفيّة، كما في الدّرّ المختار وردّالمحتار. فما نقل ابنُ قدامة عن أبي حنيفة أنّه لم يرَ بذلك بأساً، ليس صحيحاً على إطلاقه.[1]

وقد اتّفق الفقهاءُ على أنّ مَن اشترى السّلع بتلقّي الجلب، فالبيع نافذ. ولكن ذهب الشّافعيّة إلى أنّ البائعَ إن ورد في السّوق، وعلم أنّه قد غُبن من قبل المشتري، فهو بالخيار، إن شاء

(١) قارن ردّالمحتار ٤: ٧٧٤ بالمغني لابن قدامة ٤: ٢٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

فسخَ البيع وإن شاء أجازه. وأمّا المالكيّة، فقالوا تُعرَض السلعةُ على أهل السّوق، فيشتركون فيها. وقال اللّيث بن سعد: تُباع في السّوق.(١)

ومشهورُ مذهب الحنفيّة في هذا أنّه لاخيارَ للبائع بعد نفاذ البيع وورودِه إلى السّوق، وإن كان مغبوناً. وحجّةُ الشّافعيّة والحنابلة قولُ الرّسول الكريم صلّى الله عليه وسلّم: "لاتلقّوا الجلب. فمَن تلقّاه فاشترى منه، فإذا أتى سيّدُه السّوق، فهو بالخيار."(٢) وقد أسلفنا في مبحث خيار المغبون أنّ متأخّري الحنفيّة أفتَوا بخيار المغبون. والحديثُ يدلّ على ذلك بدون معارض. والله سبحانه أعلم.

٤٧٢- الاحتكار

ومنها النّهيُ عن الاحتكار. والاحتكارُ: أن يدّخر الإنسان أشياءَ الحاجة في انتظار غلاءها، ويُمسكَها عن البيع. وقد رُويَ عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: "من احتكر فهو خاطئ."(٣) ورُوي عنه صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: "من احتكر على المسلمين طعامَهم، ضربه الله بالجُذام والإفلاس."(٤) ورُوي عنه صلّى الله عليه وسلّم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨١ و ٢٨٢ وتكملة فتح الملهم ١: ٢١٥ إلى ٢١٨

(٢) أخرجه مسلم، حديث ٣٧٩٨

(٣) أخرجه مسلم، باب في النّهي عن الحُكرة عن معمر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه. حديث ٤٠٩٢

(٤) أخرجه ابن ماجه، باب الحكرة والجلب. حديث ٢١٥٥ وقال البوصيريّ رحمه الله تعالى: "هذا إسناد صحيح رجاله موثّقون."

www.besturdubooks.wordpress.com

أنه قال: " الجالبُ مرزوقٌ، والمحتكِر ملعون." [1] ورُوي عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن النّبيِّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنه قال: "من احتكَر طعاماً أربعين يوماً، فقد برئ من الله تبارك وتعالى، وبرئ الله تبارك وتعالى منه." [2]

وأخرج أحمد في مسنده عن فرّوخ مولى عثمان رضى الله تعالى عنه: "أنّ عمر رضى الله عنه، وهو يومئذٍ أميرُ المؤمنين، خرج إلى المسجد، فرأى طعاماً منثوراً، فقال: ماهذا الطّعام؟ فقالوا: طعامٌ جُلب إلينا. قال: بارك الله فيه وفيمن جلبه. قيل: يا أمير المؤمنين، فإنّه قد احتُكر. قال: ومن احتكره؟ قالوا: فرّوخ مولى عثمان، وفلانٌ مولى عمر. فأرسل إليهما، فدعاهما، فقال: ما حمَلكما على احتكار طعام المسلمين؟ قالا: يا أمير المؤمنين! نشتري بأموالنا ونبيع. فقال عمر: سمعتُ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم يقول: من احتكر على المسلمين طعامَهم ضربه الله بالإفلاس أو بجذام. فقال فرّوخ عند ذلك: يا أمير المؤمنين! أُعاهِد الله وأعاهدك أن لاأعود في طعام أبدا. وأمّا مولى

---

(١) أخرجه ابن ماجه عن عمر بن الخطّاب رضى الله تعالى عنه . باب الحُكرة والجلب، حديث ٢١٥٣ وفي إسناده عليّ بن زيد بن جدعان، ضعفه غير واحد كما في مصباح الزجاجة للبوصيري ٣: ١٠

(٢) أخرجه أحمد وابن أبي شيبة والبزار وأبويعلى في مسانيدهم، والحاكم في المستدرك، والدّارقطنيّ في غرائب مالك، والطبراني في الأوسط، وأبو نعيم في الحلية. وقال الذّهبيّ في تلخيص المستدرك: "عمرو بن الحصين تركوه، وأصبغ بن يزيد فيه لين " (نصب الراية ٤: ٢٦٢) وقال العراقيّ في تخريج الإحياء: "رواه أحمد والحاكم بسند جيد. وقال ابن عديّ: ليس بمحفوظ من حديث ابن عمر." (تخريج إحياء العلوم في حاشيته ٢: ٧٢)

www.besturdubooks.wordpress.com

عمر، فقال: إنّما نشتري بأموالنا ونبيع. قال أبو يحيى: فلقد رأيت مولى عمر مجذوماً."[1]

وخصّ معظمُ الفقهاء النّهيَ بالأقوات وعلف الدّوابّ إن أضرّ ذلك بأهل البلد. ورُوي عن محمّد رحمه الله تعالى أنّه ممنوعٌ في الثّياب أيضاً. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّه ممنوعٌ في كلّ ما أضرّ بالعامّة.[2] وهو مذهب المالكيّة. فنقل الحطّاب عن الإمام مالك رحمه الله تعالى أنّه قال: "والحكرة في كلّ شيءٍ، من طعامٍ، أو إدامٍ، أو كتّانٍ، أو صوفٍ، أو عصفرٍ، أو غيره. فما كان احتكارُه يضُرّ بالنّاس مُنع محتكرُه من الحكرة. وإن لم يضُرّ بالنّاس ولا بالأسواق، فلا بأس به."[3]

ثمّ قصر بعضُ الفقهاء النّهيَ على ما إذا اشترى الرّجل السّلعة من السّوق ثمّ احتكرها. أمّا من احتكر زرعَ نفسه، أو اشترى من سوقٍ غيرِ السّوق الّذي اعتادت المدينةُ أن تجلب طعامها منه، فالاحتكار جائزٌ عندهم، وهو الّذي اختاره الحنابلة والشّافعيّة وبعضُ الحنفيّة.[4] ونقل الرّهونيّ عن الباجيّ أنّ ابن رشد قال: "إذا وقعت الشّدّة، أُمر أهل الطّعام بإخراجه مطلقاً، ولو كان جالباً له أو كان من زراعته."[5] وذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى عن أبي يوسف مثله.[6]

---

(١) مسند أحمد ١: ٢٨٣ وأورده ابن الجوزيّ في العلل المتناهية ٢: ٦٠٦ وقال: أبو يحيى مجهول، كما ذكره محقّق مسند أحمد

(٢) ردّ المحتار، كتاب الحظر والإباحة، ٦: ٣٩٨

(٣) مواهب الجليل للحطّاب، أوائل كتاب البيوع ٤: ٢٢٧

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٣ وبدائع الصّنائع ٤: ٣٠٨ و٣٠٩ والبيان في مذهب الإمام الشّافعيّ للعمراني ٥: ٣٥٧

(٥) الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة ٢: ٩٣

(٦) بدائع الصّنائع ٤: ٣٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وهذا القول يبدو راجحاً لعموم النّهي، ولأنّ علّته الإضرارُ بأهل البلد، فيشمَل كلَّ ما يحتاجون إليه.

ومن احتكر ما نُهي عن احتكاره، فإنه يُجبر من السُّلطات المعنيّة بجَلبه إلى السّوق. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى في الدّرّ المختار: "ويجب أن يأمره القاضي ببيع ما فضُل عن قُوته وقوت أهله. فإن لم يبع، بل خالف أمرَ القاضي، عزّره بما يراه رادعاً له، وباع القاضي عليه طعامَه وفاقاً على الصّحيح." وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحته: "أي إذا امتنع، باعه جبراً عليه. قال في الهداية: وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ قيل: هو على الاختلاف عُرف في بيع مال المديون. وقيل: يبيع بالاتفاق، لأنّ أبا حنيفة يرى الحَجْر لدفع ضرر عامّ. وهذا كذلك."[١]

وقال النّوويّ رحمه الله تعالى: "والحكمةُ في تحريم الاحتكار رفعُ الضّرر عن عامّة النّاس، كما أجمع العلماء على أنّه لو كان عند إنسان، واضطرّ النّاس إليه، ولم يجدوا غيرَه، أجبر على بيعه، دفعاً للضّرر عن النّاس."[٢]

٤٧٣ـ تكوين جمعيّة من التّجار للتحكّم في الأسعار

وينبغي أن يكون في حكم الاحتكار ما شاع في أسواقنا اليومَ من أنّ أصحاب صنعة واحدة، أو تجّار سلعة واحدة يكوّنون جمعيّةً (Cartel) تتحكّم في أسعار تلك السّلع، وبما أنّهم ليس بينهم منافسةٌ في الأسعار، فإنّ النّاس لايبقى لهم خيارٌ إلاّ بأن يشتروا

(١) ردّ المحتار، كتاب الحظر والإباحة ٦: ٣٩٩

(٢) شرح النوويّ على صحيح مسلم، باب تحريم الاحتكار في الأقوات ١١: ٤٣ ونقله الحطاب في مواهب الجليل (٤: ٢٢٨) وأقرّه.

www.besturdubooks.wordpress.com

تلك السلع بتلك الأسعار المرتفعة التي اتّفقت جمعيّةُ التّجار عليها. فيحصل بذلك ضررٌ مثلُ ضرر الاحتكار، فينبغي أن لاتتركهم السّلطاتُ المعنيّة بتكوين مثل هذه الجمعيّة. وقد نصّ على ذلك بعضُ الفقهاء في بعض المسائل. فقد جاء في الهداية:

"ولايترُك القسّام يشتركون، كي لاتصير الأجرةُ غاليةً بتواكلهم، وعند عدم الشّركة يتبادرُ كلٌّ منهم إليه خيفةَ الفوت، فيرخص الأجر." (١)

والمراد من القُسّام الذين يقسمون الأراضي المشتركة بين الشُّركاء بأجرة. فينبغي للسّلطات أن تمنعهم من إحداث جمعيّة مشتركة بينهم ليتحكّموا في تحديد أجرة القسمة. وظاهرٌ أنّ ضررَ غلاء الأثمان في الأطعمة والأقوات وغيرها أشدُّ بالنّسبة إلى الغلاء في أجور القسمة، فينبغي أن يكون الحكمُ كذلك في اشتراك التّجار في تحديد أسعار ما يحتاجُ إليه النّاس. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٧٤ التّسعير

التّسعير: أن يُقيّد الحاكمُ التّجار بأن يبيعوا سلعهم بسعرٍ معيّن. والأصل في حكمة الشّريعة الإلهيّة أن لايتدخّل أحدٌ في تجارة عن تراضي الطّرفين، وأن تتعيّن الأسعارُ بمنافسة حرّة في السّوق. وإليه أشار النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم في قوله المذكور في بيع الحاضر للبادي: "دعوا النّاس يرزق الله بعضهم من بعض."

ولذلك ورد هناك نهيٌ صريح عن التّسعير في حديث أنس رضي الله تعالى عنه قال:

"غلا السّعرُ على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم. فقالوا: يا رسول الله! سعّر

---

(١) الهداية مع تكملة فتح القدير، كتاب القسمة ٨: ٣٥١

www.besturdubooks.wordpress.com

لنا. فقال صلّى الله عليه وسلّم: "إنّ الله هو المسعّر القابض الباسط الرّزّاق، وإنّي لأرجو أن ألقى ربّي وليس أحدٌ منكم يطلبُني بمظلمةٍ في دمٍ ولامال."[1]

وعلى أساس هذا الحديث، منع جمهور الفقهاء من تسعير الحاكم.[2] ولكن قال صاحب الهداية رحمه الله تعالى: "ولاينبغي للسّلطان أن يسعّر على النّاس لقوله عليه السلام: لاتُسعّروا، فإنّ الله هو المسعّر القابض الباسط الرّزّاق...فإن كان أرباب الطّعام يتحكّمون ويتعدّون عن القيمة تعدّياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلاّ بالتّسعير، فحينئذٍ لابأس به بمشورةٍ من أهل الرّأي والبصيرة. فإذا فعل ذلك وتعدّى رجلٌ عن ذلك وباع بأكثر منه، أجازه القاضي، وهذا ظاهرٌ عند أبي حنيفة، لأنّه لايرى الحَجْر على الحرّ. وكذا عندهما، إلاّ أن يكون الحجرُ على قومٍ بأعيانهم. ومن باع منهم بما قدّره الإمام، صحّ، لأنّه غيرُ مُكرَهٍ على البيع."[3] وقدّر الزّيلعيّ رحمه الله تعالى التّعدّيَ الفاحش بضعف القيمة.[4]

وقال ابنُ تيميّة رحمه الله تعالى: "إنّ لوليّ الأمر أن يُكرِهَ النّاس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة النّاس إليه."[5] واستدلّ ابنُ القيّم رحمه الله تعالى على ذلك بقوله صلّى الله عليه وسلّم: "مَن أعتق شِركاً له في عبد، فكان له من المال يبلُغ ثمنَ العبد، قُوّمَ عليه بقيمة العدل...الحديث. ووجهُ الاستدلال به أنّ هذا الّذي أمر به النّبيّ صلّى الله عليه

---

(١) أخرجه التّرمذيّ، باب ما جاء في التّسعير، حديث ١٣١٤ وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٠ و ٢٨١ وبدائع الصنائع ٤: ٣١٠

(٣) الهداية مع تكملة فتح القدير، كتاب الكراهية ٨: ٤٩٢

(٤) تبيين الحقائق للزّيلعيّ ٦: ٢٨

(٥) الحسبة في الإسلام ص ١٧ و ٤١ كما نقل عنه في الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة ١١: ٣٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وسلّم من تقويم الجميع (أي جميع العبد) قيمةَ المثل هو حقيقةُ التّسعير. فإذا كان الشّارع يوجب إخراجَ الشّيئ عن مِلك مالكه بعوض المثل لمصلحة تكميل العتق، ولم يُمكّن المالكَ من المطالبة بالزّيادة على القيمة، فكيف إذا كانت الحاجةُ بالنّاس إلى التّملّك أعظم، مثل حاجة المضطرّ إلى الطّعام والشّراب واللّباس وغيره.

أمّا الحديث المذكور في منع التّسعير، فقال فيه ابنُ القيّم رحمه الله تعالى: "هذه قضيّةٌ معيّنةٌ، وليست لفظاً عامّاً، وليس فيها أنّ أحداً امتنع من بيع ما النّاسُ يحتاجون إليه. ومعلومٌ أنّ الشّيئ إذا قلّ رغب النّاسُ في المزايدة فيه، فإذا بذله صاحبُه كما جرت به العادة، ولكنّ النّاسَ تزايدوا فيه، فههنا لا يُسعّر عليهم."[1]

وحاصلُ هذه الأقوال أنّ التّسعير لا يُعملُ به إلاّ في أحوالِ غير عاديّة إذا تضرّر النّاس بأسعارِ مرتفعة جدّاً فيما يحتاجون إليه من الطّعام والشّراب واللّباس. وإلاّ فالأصل أن يُترك التّجّار والمشترون بما يتراضون فيما بينهم. والظّاهر أنّه إن لم يكن هناك احتكار، ولا تحكّم التّجّار بإحداث جمعيّة، فإنّ ذلك يفتح بابَ المنافسة الحرّة في السّوق، ولا يُمكن أن يُغاليَ أحدٌ فوق سعر المثل، وإلاّ فإنّه يفقد الزّبائن. فلا يُحتاج إلى التّسعير، وإنّما يُحتاج إليه في أحوال غير عاديّة خالف فيها التّجّار أحكامَ الشّريعة الإسلاميّة. والله سبحانه أعلم.

---

(١) الطّرق الحكميّة ص ٢١٧

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٧٥- المبحث العاشر
فى
أحكام المال الحرام

www.besturdubooks.wordpress.com

وبما أنّه كثُرت في زماننا البيوعُ الباطلة والفاسدة، وشاعَ التّعاملُ مع الّذين يُمارسون هذه البيوع، فمن المناسب هُنا أن نذكرَ أحكامَ المالِ الحرام والملك الخبيث، وماتنتقل فيه الحُرمة إلى من يتعاملُ مع من عنده مالٌ خبيث، وما لاتنتقلُ إليه. وإنّ هذه الأحكامَ مبعثرةٌ في شتّى أبواب الكُتُب الفقهيّة. وربّما تبدُو العباراتُ الفقهيّةُ متعارضةً في بيانِ حُكم المالِ الحرام أو الخبيث، فمنها ما يدلُّ على أنّ الحُرمة تقتصرُ على من اكتسبَ المالَ بطريقٍ محظور، ولاتتعدّى إلى من يشتري أو يتّهبُ منه، ومنها ما يدلُّ على أنّها تتعدّى إليه، ومنها ما يدُلّ على أنّ المالَ إن كان مخلوطاً من الحلال والحرام، فالعبرةُ للغلَبة. ومنها ما يدلّ على أنّ المخلوطَ يملكه الخالط، فيجوزُ للمشتري أو الموهوب له أن يأخذه وينتفع به، وما إلى ذلك من العبارات. وطال خوضي في هذه العبارات، والّذي وصلتُ إليه بعد سَبرِ أقوال الفقهاء في أبوابٍ مختلفة أنّ المالَ الحرامَ أو الخبيثَ له أنواعٌ متعددة، وكلُّ نوعٍ له أحكامٌ مختلفة. فأريد أن أذكر هذه الأنواع وأشرحَ ما تبيّن لي ممّا ورد في كلّ نوعٍ من كلام الفقهاء، ثمّ أذكر تطبيق هذه الأحكام على صُور التّعامل المعاصرة إن شاء الله تعالى، والله سبحانه هو الموفّق للسّداد والصواب.

والتّفصيل فيه أنّ المال الحرام أو الخبيث على أقسام:

٤٧٦- القسم الأوّل ماكان محرّماً على المرأ لكونه ملكاً للغير

وهو مثلُ المال المغصوب الّذي هو مقبوضٌ بيد الغاصب، متميّزٌ عن أملاكه الأخرى. وفي حُكمِه ما قَبضَه بأيّ نوعٍ من البيوع الباطلة. وإن كان هناك فرقٌ بين المغصوب والمقبوض بالعقود الباطلة في الظاهر من حيثُ إنّ الغصب ينعدم فيه

www.besturdubooks.wordpress.com

رضا الغاصب، بينما العقود الباطلة تُعقد عموماً برضا الطّرفين، ولكنّ هذا الرّضا غيرُ معتبرٍ شرعاً لمعارضته الشّرع، فهو كالمعدوم. ولهذا، فإنّ حكمَها وحكمَ المغصوب سواء. وهذا بخلاف البيع الفاسد على أصل الحنفيّة، فإنّ الشّرع اعتبره بيعاً في بعض الأحكام، فيؤثّرُ تراضي الطّرفين في بعض أحكامه، ولذلك أفردنا حُكمَ المال المقبوض بالبيع الفاسد في قسم مستقلٍّ، وهو القسم الخامس.

أمّا في بيان القسم الأوّل، نُعبّر عن جميع العقود الباطلة فيما يأتي بالمغصوب، والّذي يقبض هذا المالَ الحرام بالغصب. وذلك لسهولة التّعبير. ويشمل هذا التّعبيرُ كلَّ مالٍ حرامٍ لايملكه المرأ في الشّرع، سواءٌ كان غصباً، أو سرقةً، أو رشوةً، أو رباً في القرض، أو مأخوذاً ببيعٍ باطل.

وإنّه حرامٌ للغاصب الانتفاع به، أو التّصرّفُ فيه، فيجبُ عليه أن يردّه إلى مالكه، أوإلى وارثه بعد وفاته، وإن لم يُمكن ذلك لعدم معرفةِ المالك أو وارثه، أولتعذّر الرّدّ عليه لسببٍ من الأسباب، وجب عليه التّخلّصُ منه بتصدّقه عنه من غير نيّةِ ثوابِ الصّدقةِ لنفسه.

وهذا الحكمُ عامٌّ، سواءٌ أكان المغصوبُ عَرْضاً أم نقداً، لأنّ النّقود تتعيّنُ في الغُصوب، حتّى عند الحنفيّة الّذين يقولون بعدم تعيّن النّقود، كما مرّ تحقيقُه. ثمّ إن كان المغصوبُ قائماً عند الغاصب بعينه، تتعدّى حُرمتُه إلى مَن يأخذُه من الغاصب شراءً أوهبةً أو إرثاً، وهو يعلمُ أنّه مغصوب.

وهذا القدرُ لانعلم فيه خلافاً بين الفقهاء. قال ابن رُشد رحمه الله تعالى:

"إذا كان الحرامُ عند آخذه لم يَفُت، رُدّ بعينه إلى ربّه ومالكِه، وسواءٌ كان له مالٌ حلالٌ، أو لم يكن، يعني للغاصب، ولايحلّ لأحدٍ أن يشتريه منه إن كان

www.besturdubooks.wordpress.com

عرضاً، ولايُبايعُه فيه إن كان عيناً (أي نقداً)، ولا يأكلُه إن كان طعاماً. ولا يقبلُ شيئاً من ذلك[1] هبةً، ولا يأخذُه منه في حقٍّ كان له عليه. ومن فعل شيئاً من ذلك، وهو عالمٌ، كان سبيلُه سبيلَ الغاصب في جميع أحواله."[2]

٤٧٧- معنى قولهم الحرمةُ لاتتعدّى إلى ذمّتين

وما ورد في كلام بعض الفقهاء الحنفيّة أنّ الحُرمةَ لاتتعدّى إلى ذِمّتين. فهو محمولٌ على ما إذا لم يعلم بذلك،[3] أي إذا لم يعلم الآخذُ أنّ هذا المالَ حرامٌ غيرُ مملوكٍ للمعطي.[4] وكذلك الصّحيحُ أنّه لايحلّ للورثة إذا علموا أنّه حرامٌ، سواءٌ أ علموا أربابَه، أم لم يعلموا. فإن علموا ردّوه إلى أربابه، وإن لم يعلموا تصدّقوا به.[5]

وقد ذهب بعضُ المالكيّة إلى أنّ المغصوبَ إن كان قائماً بعينه، فإنّه لايحلُّ للورثة. أمّا إذا لم يكن قائماً بعينه، بأنّ الغاصبَ اشترى به سلعةً، فإنّه يحلُّ للورثة، وكذلك إن وهبه

---

(١) الّذي في الحطاب: "ولايقبل منه شيئاً هبة" وصحّحناه من فتاوى ابن رشد ٦٤٣

(٢) مواهب الجليل للحطّاب، كتاب الغصب ٥: ٢٧٨ و ٢٧٩

(٣) ردّالمحتار، كتاب الحظر والإباحة، فصل في البيع ٦: ٣٨٥ وتُتنبه أنّ ما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى في باب البيع الفاسد (مطلب في من ورث مالاً حراماً) من أنّ الحرمة على الورثة مقيّدةٌ بما إذا كان عين المال الحرام، بخلاف ما إذا كان مختلطاً، يوهم أنّ المخلوط ليس بحرام للورثة، ولكنّه صرّح هنا أي في كتاب الحظر والإباحة بما يأتي: "بخلاف ما تركه ميراثاً، فإنّه عينُ المال الحرام، وإن ملكه بالقبض والخلط عند الامام، فإنه لايحلّ له التّصرّف فيه قبل أداء ضمانه، وكذا لوارثه." (٦: ٣٨٦)

(٤) ويُمكن حملُه أيضاً على المبيع المقبوض في البيع الفاسد على قول الحنفيّة، لأنّه إن باعه إلى آخر جاز للمشتري منه الانتفاع به وإن كان الشّراءُ مكروهاً إن علم بالفساد. وكذلك يُمكن حملُه على الملك الخبيث الّذي تصدّق به المالك على الفقير، فجاز للفقير الانتفاع به، ولو وهبه الفقير إلى غنيّ جاز له أيضاً.

(٥) ردّالمحتار ٦: ٣٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com

لرجل، فهو حلالٌ للموهوب له، ويرثه عنه ورثته. ونقل ابنُ رُشد ذلك عن ابن مُزَيْن من المالكيّة[1] وعن ابن شهاب الزهريّ، والحسن البصريّ رحمهم الله تعالى أيضاً، ولكنَ ابنَ رُشد رحمه الله تعالى لم يُفت بذلك.[2]

٤٧٨- بيعُ الغاصب العروض المغصوبة

أمّا إذا أراد الغاصبُ أن ينقُلَ المغصوبَ إلى الآخر ببيع، فيختلف حكمُه في العُروض والنّقود. فإن كان المغصوبُ عرَضاً، وهو قائمٌ بيدِ الغاصب، فلايجوزُ لآخرَ أن يشتريَه منه، ولو اشترى، فالبيعُ موقوفٌ عند الحنفيّة على إجازة المالك، فلو فَسخَ المالكُ البيعَ انفسخ، ووجب على المشتري أن يردّه، وعلى البائع أن يردّ الثّمن. وإن أجازه قبلَ الخصومة، جاز البيعُ باتّفاق الفقهاء الحنفيّة، وإن أجازه بعد الخُصومة وقضاء القاضي له، لم يجُز عند الإمام أبي حنيفة، وجاز عند صاحبيه، لأنّ الإجازة لاقت عقداً موقوفاً، فيصحّ كما قبل الخصومة، لأنّ الفسخ لم يوجد من المالك نصّاً، والخصومةُ تحتمل أمرين: الأول: أن تكون لاستدامة الملك، فبمجرّد الخصومة يُعتبر كأنّه فسخ العقد، والثّاني: أن تكون الخصومةُ لإثبات ملكه فيه، ومجرّد إثبات الملك لايعني أنّه

(١) هو يحيى بن إبراهيم بن مزين (بضمّ الميم وفتح الزاي والياء المخففة مصغرا) من فقهاء المالكيّة في القرن الثالث. أصله من طليطلة وانتقل إلى قرطبة. روى عن عيسى بن دينار ويحيى بن يحيى ونظرائهم. ورحل إلى المشرق فلقي مطرف بن عبد الله فروى عنه الموطأ، ورواه أيضاً عن حبيب كاتب مالك، ودخل العراق فسمع من القعنبي وسمع بمصر من أصبغ بن الفرج، وكان حافظاً للموطأ فقيهاً فيه، وكان شيخاً وسيماً ذا وقار وسمت حسن موصوفاً بالفضل والنزاهة والدين والحفظ ومعرفة مذاهب أهل المدينة. قال ابن لبابة: ابن مزين أفقه من رأيت في علم مالك وأصحابه، ولي قضاء طليطلة وله تآليف حسان منها تفسير الموطأ. ولم يكن له على ذلك علم بالحديث. (الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون (١: ١٧٧)

(٢) فتاوى ابن رشد ص ٦٣٩ و ٦٤٠ دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

فسخ البيع، بل يمكن أن يجيزه بعد ثبوت ملكه فيه. ويقول أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إنّه إن كان يُريد إجازة البيع، ما كان يحتاج إلى الخصومة عند القاضي، بل كان له أن يُجيز بنفسه، ولكنّه حين رفع الأمر إلى القاضي، فإنّ ذلك يدلّ على أنّ مقصوده بالخصومة استدامةُ ملكه عليه. فبمجرّد الخصومة صار فسخاً للبيع، فلا يملك الإجازة بعد الفسخ، إلّا أن يعقد البيع من جديد.[1]

٤٧٩- الشّراء بالنّقود المغصوبة

أمّا إذا كان المغصوبُ نقداً، وأراد الغاصبُ أن يشتري به شيئاً، لايجوز له ذلك قبل أداء الضّمان بالاتّفاق. ولكن إن اشترى شيئاً بالنّقود المغصوبة قبل أداء الضّمان، فقد ذكر ابنُ رُشد رحمه الله تعالى أنّ هذا البيع غيرُ منعقدٍ عند الشّافعيّ رحمه الله تعالى. وقيل: إنّ البيع منعقدٌ، وللمغصوب منه أن يأخذ تلك السّلعة من الغاصب، وعلى كلّ حال، فمذهبُ المالكيّة أنّه لايجوز لأحدٍ أن يشتري تلك السّلعة منه.

وقيّد بعضُهم عدمَ الجواز بأن يكون الغاصبُ اشترى السّلعة بعين الدّنانير أو الدّراهم المغصوبة. أمّا إذا اشترى ذلك على ذمّته، ثمّ نقد الثّمنَ من تلك الدّنانير أو الدّراهم المغتصبة، كان أكلُ ذلك الطّعام وشراءُ تلك السّلعة مكروهاً، حتّى يُنصِف المغصوبَ منه الدّراهم والدّنانير أو يتحلّله منها.[2]

وعند الشّافعيّة في الشّراء بالذّمّة قولان. قال الشّيرازيّ رحمه الله تعالى في المهذّب:

---

(١) هذا إيضاح لما في المحيط البرهاني، كتاب الغصب، فصل ١٥ في المتفرقات ٨: ٣٦٠
(٢) فتاوى ابن رشد ٦٤٧ و٦٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

"وإن غصب دراهم فاشترى سلعةً في الذّمّة، ونقد الدّراهم في ثمنها وربح، ففي الرّبح قولان: قال في القديم: هو للمغصوب منه، لأنّه نماء ملكه، فصار كالثّمرة والولد. فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كالثّمرة والولد. وقال في الجديد: هو للغاصب، لأنّه بدل ماله."[1]

والظّاهر أنّ القول الأوّل مبنيٌّ على عدم انعقاد البيع، لأنّه نقد ثمنه من الدّراهم المغصوبة، والقول الثّاني مبنيٌّ على أنّ البيع منعقدٌ لأنّه اشترى بما في الذّمّة، فملك المبيع.

أمّا مشايخ الحنفيّة، فذكروا في الشّراء بالمال الحرام خمس صور:

١- أن يدفع النّقود المغصوبة إلى البائع أوّلاً، ثمّ يشتري منه بتلك النّقود.

٢- أن يشير إلى النّقود المغصوبة، ويشتري بها، ثمّ ينقد الثّمن منها.

٣- أن يشير إلى النّقود المغصوبة، ويعقد الشّراء بها، ولكن ينقد الثّمن بغيرها.

٤- أن لايشير إلى نقودٍ أصلاً، وإنّما يعقد الشّراء مطلقاً، ثمّ ينقد الثّمن بالنّقود المغصوبة.

٥- أن يشير إلى نقودٍ غير مغصوبة، ويعقد الشّراء بها، ولكن ينقد الثّمن بالنّقود المغصوبة.

واختلف مشايخ الحنفيّة في حكم هذه الصّور على ثلاثة أقوال:

٤٨٠- **القول الأوّل**: أنّه لايحلّ له الانتفاع بما اشتراه قبل أداء الضّمان، ولو باعه وربح

---

(١) المهذّب للشيرازي مع تكملة المجموع ١٤: ٢٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

فيه قبل أداء الضّمان (بأن باعه بأكثرَ ممّا اشترى به) لايطيبُ له الرّبحُ، حتّى بعد أداء الضّمان. (أمّا إذا أدّى الضّمانَ إلى المغصوب منه، ثمّ باعَ ما اشتراه، فهذا الرّبحُ طيّبٌ عند الجميع). ويستوي هذا الحكمُ في جميع الصّور المذكورة. وهو مقتضى ظاهر الرّواية، وهو الّذي اختاره أبوبكر الإسكاف، ورجّحه في الهداية، وبدائع الصّنائع، وفي الفتاوى الهنديّة نقلاً عن التّبيين.[1]

٤٨١- والقول الثّاني: قولُ أبي نصر وأبي اللّيث رحمهما الله تعالى. وهو أنّه يطيبُ له ما ربح بهذا الشّراءِ في الوجوه كلّها، إلاّ في الوجه الأوّل. ودليلُهما أنّ الواجبَ في ذمّة المشتري دراهمُ مُطلقة، والمنقودةُ بدَلٌ عمّا في الذّمّة. أمّا عند عدم الإشارة فظاهرٌ، وكذا عند الإشارة، لأنّ الإشارةَ إلى الدّراهم لاتُفيد التّعيين، فالتحقت الإشارةُ إليها بالعدم، فكان الواجبُ في ذمّته دراهمُ مطلقةٌ. والدّراهمُ المنقودةُ بدلاً عنها، فلا يخبُث ما اشتراه.

٤٨٢- والقول الثّالث: قولُ الكرخيِّ رحمه الله تعالى، وهو أنّه لا يطيبُ له المشترَى وربحُه في الصّورتين الأوليين، ويطيبُ له في الصُّور الثّلاث الأخيرة، لأنّ البيعَ في هذه الصُّور لايستند إلى المغصوب بعينه.

ورجّح الكاسانيّ رحمه الله تعالى القولَ الأوّل، واستدلّ له بقوله:

"وجهُ قول أبي بكر: أنّه استفادَ بالحرام ملكاً من طريق الحقيقة أو الشّبهة، فيثبتُ الخبث. وهذا لأنّه إن أشارَ إلى الدّراهم المغصوبة، فالمُشارُ إليه إن

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الغصب ٨: ٢٥٨ و بدائع الصنائع، كتاب الغصب ٦: ١٥٠ والفتاوى الهنديّة، باب ٨ من كتاب الغصب ٥: ١٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

كان لايتعيّنُ في حقّ الاستحقاق، يتعيّنُ في حقّ جوازِ العقد بمعرفة جنس النّقد وقدْرِه، فكان المنقودُ بدلَ المشترَى من وجه. نقَدَ منها أو غيرِها. وإن لم يُشِرْ إليها ونَقَد منها، فقد استفاد بذلك سلامةَ المشترَى، فتمكّنت الشّبهةُ، فيخبُث الرِّبح. وإطلاقُ الجواب في الجامعين والمضاربة دليلُ صحة هذا القول. ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا بقول الكرخيّ تيسيراً للأمر على النّاس، لازدحام الحرام. وجوابُ الكُتب أقربُ إلى التّنزّه والاحتياط، والله تعالى أعلم. ولأنّ دراهمَ الغصب مستحقّةُ الرّدّ على صاحبها. وعند الاستحقاق ينفسخُ العقدُ من الأصل، فتبيّن أنّ المشترَى كان مقبوضاً بعقدٍ فاسد، فلم يحلّ الانتفاعُ به."[1]

وهذا كلامٌ وجيهٌ جداً.

٤٨٣- توجيه كلام الكرخيّ رحمه الله تعالى

ثمّ قد يخطر ببالي -والله سبحانه أعلم- أنّ قولَ الكرخيّ وأبي نصر والفقيه أبي اللّيث رحمهم الله تعالى متعلّقٌ بطيب ربح المغصوبِ بعد أداء الضّمان، لاقبلَه، وإن كان مذكوراً في الكتب بدون هذا القيد. ومرادهم أنّ الغاصبَ إن اشترى بالنّقود المغصوبة ثوباً مثلاً بمائة، ثمّ باع هذا الثّوبَ بمائة وعشرة قبل أداء ضمان النّقود المغصوبة، فربح فيها عشرة، ثمّ أدّى ضمانَ النّقود المغصوبة إلى الغاصب، فمذهبُ الإمام أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى أنّه لايطيب هذا الرّبحُ بأداء الضّمان فيما بعد، لأنّه ربحه قبل أداء الضّمان، وكان مِلكُه في ذلك الوقت خبيثاً، كما سيأتي في

---

(١) بدائع الصنائع، كتاب الغصب ٦: ١٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

لقسم الرابع. أمّا الكرخيّ رحمه الله تعالى، فيقول: ينقلبُ هذاالرّبحُ طيّباً بأداء الضّمان إن كان اشترى الثّوبَ بالصّور الثّلاثة الأخيرة، ولاينقلبُ طيّباً في الصّورة الأولى والثّانية، لأنّ الشّراء بالنّقود المغصوبة متعيّنٌ فيهما. ويقول أبونصر والفقيه أبو اللّيث إنّه ينقلب طيّباً في الصّور الأربعة الأخيرة، ولاينقلب في الصّورة الأولى. فيحتمل أنّ كلام هؤلاء المشايخ تفسير لقول الإمام أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى. وحملٌ له على الصّورة الأولى عند أبي نصر وعليها وعلى الصورة الثانية عند الكرخيّ رحمهم الله تعالى.

وإنّما فسّرنا كلامهم بذلك لوجهين:

الأوّل: أنّ الله سبحانه وتعالى قال: "الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ" [البقرة: ٢٧٥] وقال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ" [آل عمران: ١٣٠] فأضاف الله سبحانه وتعالى "الأكل" إلى الرّبوا، مع أنّه لايكونُ عادةً إلاّ في شكل النّقود، ولايمكنُ أكلُها، وإنّما يؤكلُ ما يُشترى به.

وكذلك روي عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال:

"إنّه لا يدخل الجنّةَ لحمٌ نبتَ من سُحتٍ، النّارُ أولى به."[1]

فلو حُمِلَ قولُ الكرخيّ رحمه الله تعالى وغيره على جوازِ تناوُلِ ما اشتُريَ بالرّبوا وطيبِ ربحه بدون أداء الضّمان، أو التّصدّق به، لايبقى هناك معنىً لأكل الرّبوا إلاّ في

(١) أخرجه أحمد في مسنده برقم ١٤٤٤١ بسند رجاله ثقات، وأخرجه التّرمذيّ في جامعه، أواخر كتاب الصّلوة، باب ما ذكر في فضل الصّلوة، برقم ٦١٤ بسند فيه ضعف.

www.besturdubooks.wordpress.com

حالاتٍ نادرة جداً، لأنّ البيوع تُعقد عموماً بدون تعيين النّقود عند العقد، ويبعُد كلَّ البعد أن يُنسب جوازه إلى هؤلاء المشايخ.

الوجه الثّاني: أنّ قولَ هؤلاء المشايخ إنّما ذُكر في سياق حِلّ ربح المغصوب بعد أداء الضّمان لاقبلَه، لما سيجيئ في القسم الرّابع من مذهب الإمام أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى أنّ الغاصب، ولو أدّى الضّمان إلى المغصوب منه، فإنّه يحلّ له تناولُ المغصوب بعد أداء الضّمان، ولكن لايطِيبُ له الرّبحُ الّذي حصل عليه قبل أداءه، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى.

وفي هذا السّياق ذُكرالخلافُ في الهداية والبدائع بين ظاهر الرّواية وبين قول الكرخيّ رحمه الله تعالى. فالمسئلةُ الّتي ذُكرفيها خلافُ الكرخيّ مسئلةُ الجامع الصّغير الّتي ذكرها صاحبُ الهداية، ونصّها:

"مَن غَصب ألفاً، فاشترى بها جاريةً، فباعها بألفين، ثمّ اشترى بالألفين جاريةً، فباعها بثلاثة آلاف درهم، فإنّه يتصدّق بجميعِ الرّبح. وهذا عندهما."

ثمّ قال صاحبُ الهداية:

"فقوله في الكتاب: "اشترى بها" إشارةٌ إلى أنّ التّصدّقَ إنّما يجبُ إذا اشترى بها ونَقَد منها الثّمن. أمّا إذا أشار إليها ونَقَد من غيرها، أو نقدَ منها وأشار إلى غيرها، أو أطلق إطلاقاً ونقد منها، يطيبُ له، وهكذا قال الكرخيّ، لأنّ الإشارةَ إذا كانت لاتُفيد التّعيينَ، لابدّ أن يتأكّد بالنّقد، ليتحقّق الخُبث. وقال مشايخنا: لايطيبُ له قبل أن يضمن، وكذا بعد الضّمان بكلّ حال، وهو

www.besturdubooks.wordpress.com

المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة."[1]

وظاهرٌ أنّ مالايطيب بعد الضّمان هو الانتفاع والرّبحُ الّذي حصل قبل الضّمان. أمّا أصلُ المشترَى، فيحلُّ الانتفاع به بعد الضّمان إجماعاً، وكذا ربحه الّذي يحصُل بعد أداء الضّمان. فدلّ على أنّ اختلاف المشايخ ليس في حِلّ المشترَى وربحِه الحاصل قبل الضّمان، فإنّه لايجوز في قولهم جميعاً في جميع الصُّور. وإنّما اختلافُهم في أنّه إذا أدّى الغاصبُ الضّمانَ، فهل ينقلبُ الرِّبحُ السّابقُ الّذي حصل عليه قبل أداء الضّمان جائزاً؟ فمُقتضى ظاهر الرّواية أنّه لاينقلبُ جائزاً، ومذهبُ الكرخيّ رحمه الله تعالى أنّه ينقلبُ جائزاً في الصُّور الثّلاثة الأخيرة، ولاينقلبُ في الصّورتين الأوليين.

فإن قيل: إن كان الحالُ هكذا، فلماذا فرّق الكرخيّ رحمه الله تعالى بين الصُّورتين الأوليين وبين الصُّور الثّلاثة الأخيرة؟ فالجواب: أنّ النّقود وإن كانت لاتتعيّن في المعاوضات، ولكن في الصّورتين الأوليين اجتمع الإشارةُ والنّقدُ جميعاً، فصار ما اشتراه عوضاً للمغصوب فعلاً، وإن لم يكن نظرياً، فتمكّن فيه الخبثُ، وصار كأنّه اشتراه بعين خبيث، فيتعدّى إلى الرّبح الحاصل منه، فلمّا أدّى الضّمانَ زال الخبثُ من عوض المغصوب، ولكن لم يطِب الرّبحُ الحاصلُ منه في حال قيام الخبث، يعني قبل أداء الضّمان على أصل أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى. أمّا في الصُّور الثّلاثة الأخيرة، فلم يتعيّن الشّراءُ بعين المغصوب، ولكن استند إليه إمّا بالإشارة المحضة، أو بالنّقد، فأورثَ هذا الاستنادُ شبهةَ الخُبث، لاحقيقتَها، (كما مرّ في عبارة الكاسانيّ

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الغصب ٨: ٢٥٧ و ٢٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمه الله تعالى) ومن أجل ذلك اقتصر الخبثُ على ما قبل أداء الضّمان. فلمّا أدّى الضّمان، زالت شبهةُ الخبث، فطابَ المشترَى وربحُه جميعاً. هذا ماظهر لي من توجيه كلامِ الكرخيّ رحمه الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

وذكر كثيرٌ من المتأخرين أنّ الفتوى الآن على قول الكرخيّ دفعاً للحرج عن النّاس. قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى: "وعلى هذا مشى المصنّف (يعني صاحب الدّرّ المختار) في كتاب الغصب تبعاً للدُّرر وغيرها."[1] وقد أفتى به جماعةٌ من مشايخنا.

فلو أُخذ قولُ الكرخيّ رحمه الله تعالى على ما فسّرناه، فرُجحانُه مسلّم. أمّا إذا أُخذ مُبيحاً لما اشتُرِيَ بالنّقود المغصوبة وربحِه، فالّذي يميل إليه القلبُ أنّ ما رجّحه صاحبُ الهداية والكاسانيّ بناءً على قول الإمام أبي حنيفة و محمّد رحمهم الله تعالى، هو الأولى بالتّرجيح، وهو الاحتياط. وإن كان كثير من الفقهاء المتأخرين أفتوا بذلك لعموم البلوى. ولذا فمن ابتُليَ بمثل هذا، يُرجى أن يسوغ له الأخذ بهذا القول عند حاجة شديدة، والتنزه أولى. ولم يُذكر عن الكرخيّ حكمُ البائع الّذي أخذ من المشتري النّقود المغصوبة، هل يسوغ له استعمال تلك النّقود؟ وقد أفتى كثير من علمائنا أنّه يجوز له ذلك أيضًا.[2] والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) رد المحتار، كتاب البيع، باب المتفرقات ١٥: ٤٤١ و ٤٤٢ فقره ٢٤٩٦٧

(٢) فتاوى دارالعلوم ديوبند للمفتي عزيز الرحمن رحمه الله تعالى، كتاب البيوع، ١٤: ٣٩٣ و ٣٩٦ إلى ٣٩٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٨٤- والقسم الثاني: ما تغيّرت فيه العينُ المغصوبةُ بفعل الغاصب

والقسم الثّاني هو المغصوبُ الّذي تغيّر بفعل الغاصب تغيّراً زال به اسمُها ومُعْظَمُ منافعها. كمن غصبَ شاةً وذبحها وشواها، أو طبخها، أو غَصبَ حنطةً فطحنها، أو حديداً فاتّخذه سيفاً، أو صُفراً فعمله آنيةً. وحكمُه عند الحنفيّة أنّ بهذا التّغيّر زال عنها ملكُ المغصوبِ منه، وملَكها الغاصبُ مِلكاً خبيثاً، وضمِنَها. ولايحلُّ له الانتفاعُ بها حتّى يؤدّيَ بدلَها، وهو الظّاهر من قول المالكيّة. قال ابنُ الحاجب: وإذا ذَبح الشّاةَ ضمِن قيمتَها، وزاد ابنُ عرفة الجلاب: "وكان له أكلُها." ورُويَ عن ابن القاسم أنّ ربّها مخيّرٌ بين أخذِ قيمتِها أو أخذِها بعينها على ماهي عليه من غير زيادة."[1]

وقال الشّافعيّ رحمه الله تعالى: لاينقطع فيه حقُّ المالك، ويجب عليه أن يردّه إلى مالكه كما هو، ولايُشاركُ الغاصبُ فيه ببدل عمله، لأنّه عملٌ تبرّعَ به في ملكِ غيره، فلم يُشاركه ببدله،[2] وإن نقص ذلك العملُ من قيمته لزمه ضمانُ النّقصان أيضاً.[3] وهو مذهب الحنابلة،[4] وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، كما في الهداية.

وحجّةُ الحنفيّة على ما ذكره صاحب الهداية: "أنّه أحدث صنعةً متقوّمةً صيّر حقّ المالك هالكاً من وجهٍ. ألاترى أنّه تبدّل الاسم، وفات معظمُ المقاصد، وحقّه في الصّنعة قائمٌ من كلّ وجه، فيترجّح على الأصل الّذي هو فائتٌ من وجه، ولانجعله سبباً للملك من حيثُ إنّه محظور، بل من حيثُ إنّه إحداثُ الصّنعة."

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب، كتاب الغصب ٥: ٢٧٧

(٢) المهذّب للشيرازيّ مع المجموع ١٤: ٢٤٩

(٣) تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعي ١٤: ٢٥١

(٤) المغني لابن قدامة، كتاب الغصب ٥: ٤٠٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وأمّا كونُه لايحلّ الانتفاع بها قبل أداء البدل، فهو الصّحيح من قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال الحسن وزُفر رحمهما الله تعالى: يجوز الانتفاع به. وبمثله روى الفقيه أبو اللّيث عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لثبوت ملكه فيه.[1] ولكنّ هذه الرّواية عن أبي حنيفة أنكرها جمعٌ من المشايخ.[2] وذكر صاحبُ الهداية أنّ ما رواه أبو اللّيث مقتضى القياس، وأنّ رواية عدم حلّ الانتفاع استحسان.

٤٨٥ - حديث الشّاة المصليّة الّتي أخذت بغير إذن صاحبها

ووجهُ الاستحسان ما أخرجه الإمام محمّد رحمه الله تعالى في كتاب الآثار من طريق أبي حنيفة عن عاصم بن كُليب عن رجال من أصحاب محمد صلّى الله عليه وسلّم قال:

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الغصب ٨: ٢٦٢

(٢) وينتبه أنّه نقل في الفتاوى الهندية عن المحيط: "من غصب من آخر لحما فطبخه أو غصب حنطة وطحنها وصار التملك له، ووجب عليه ردّ القيمة، فأكله حلالٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.. وفي فتاوى أهل سمرقند: من غصب من آخر طعاما فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكا، ثمّ ابتلعه ابتلع حلالًا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى" (الهندية، كتاب الغصب ٥: ١٤٠، باب ٨) ولكن لم يذكر في الهندية ما جاء في المحيط بعد ذكر هاتين المسئلتين من الرّدّ عليهما، حيث قال: "الحكي عن الشيخ الإمام الزّاهد نجم الدّين النسفي: أنّه كان لا يصحح ما ذكر عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتين المسألتين، وكان ينكر ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله، وكان يقول: الصّحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب أصحابنا أنّ الغصب لا يملك المغصوب، إلّا عند أداء الضّمان، أو قضاء القاضي بالضّمان، أو تراضي الخصمين على الضّمان. فإذا وجد شيءٌ من هذه الأشياء الثّلاثة، يثبت الملك، وما لا فلا. وبعد وجود شيء من هذه الأشياء الثّلاثة، إذا ثبت الملكُ لا يحلّ للغاصب تناوله، لأنّه استفاده بعقد لا يحلّ، فصار كالمملوك بالبيع الفاسد بعد القبض، إلّا أن يجعله صاحبه في حلّ فحينئذ يباح تناوله لانقطاع ذلك التّسبب" (المحيط البرهاني، كتاب الغصب ٨: ٤٦٢، الفصل ٩)

www.besturdubooks.wordpress.com

"صنع رجلٌ من أصحاب محمّد صلّى الله عليه وسلّم طعاماً فدعاه، فقام النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم وقُمنا معه. فلمّا وُضع الطّعام، تناول وتناولنا معه، فأخذ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم بضعةً، فلاكها في فيه طويلاً لايستطيع أن يأكلَها، فألقاها من فيه، وأمسك عن الطّعام. فدعا النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم صاحبَ الطّعام، فقال: أخبِرني عن لحمك هذا من أين هو؟ قال: يارسولَ الله! شاةٌ كانت لصاحبٍ لنا، فلم يكن عندنا نشتريها منه، وعجلنا وذبحناها، فصنعناها لك حتّى يجيئ صاحبُها فنُعطيه ثمنها. فأمره النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أن يرفع الطّعام، وأن يُطعِمه الأسارى." [1]

ثمّ قال صاحب الهداية:

"وإذا أدّى البدل يُباحُ له، لأنّ حقّ المالك صار موفيٌّ بالبدل...وكذا إذا أبرأه لسقوط حقّه به، وكذا إذا أدّى بالقضاء أو ضمّنه الحاكم، أوضمّنه المالك لوجود الرّضا منه، لأنّه لايقضي إلاّ بطلبه."

والظّاهر أنّه إذا ثبت رضا المالك فالانتفاع به يحلّ للغاصب بدون كراهة. أمّا إذا أخذ المغصوبُ منه البدلَ على مضض، فالأولى للغاصب التّنزه عنه والتّصدق به. ولذلك قال الإمام محمّد رحمه الله تعالى بعد رواية قصّة الشّاة المصليّة:

"وبه نأخذ. ولوكان اللّحمُ على حاله الأوّل، لما أمر النّبيُّ صلّى الله عليه

(١) كتاب الآثار للإمام محمد رحمه الله تعالى، باب الدعوة ص ٢٠٠ وأخرجه الدار قطني في السنن (كتاب الصيد والذّبائح، باب ذبح الشاة المغصوبة) ٥: ٥١٤ إلى ٥١٦، رقم ٤٧٦٣، ٤٧٦٣ إلى ٤٧٦٧، والإمام أحمد في المسند من طريق عاصم بن كليب عن أبيه ٣٧: ١٨٥، رقم ٢٢٥٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وسلّم أن يُطعمه الأساري، ولكنّه رآه قد خرج عن مِلك الأوّل، وكره أكلَه، لأنّه لم يضمن قيمتَه لصاحبه الذي أُخذت شاتُه. ومن ضمِن شيئاً فصار له من وجه غصب، فأحبُّ إلينا أن يتصدّق به، ولايأكلَه، وكذلك ربحه. والأساري عندنا أهل السِّجن المحتاجون. وهذا كلّه قياسُ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى."[1]

وإنّ هذه الرّوايةَ تدلّ على أمرين:

الأوّل: أنّ الذّابحَ للشّاة مَلَك الشّاةَ بالذَّبح والطّبخ، فكان ما قدّمه إلى النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم مملوكاً له، ولكنّ النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم امتنع من أكله، فظهر بهذا أنّ الغاصبَ وإن كان يملك المغصوبَ بالتّغيير، فلا يحلُّ له الانتفاع به، ولا تقديمه إلى أحدٍ هديّةً، أو إباحةً، قبل أداء البدل.

والثّاني: أنّ ذابحَ الشّاة أفصح أمامَ النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنّه يُريدُ دفعَ القيمة إلى مالكها، والظّاهرُ أنّه كان قد دفعها بعد ذلك، ومع هذا لم يدّخرْ له النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم الطّعامَ في انتظار دفع القيمة إليه، بل أمَره بإطعام الأساري. فدلّ على أنّ الغاصبَ، وإن التزم على نفسه أداءَ البدل، فإنّ المستحبَّ له أن يتصدّق بالشّيئ المغصوب، ولايستعمله لنفسه حتّى بعد أداء البدل، لأنّه إنّما مَلَكه بطريقٍ غير مشروع، وإن كان مِلكُه مستنداً إلى وقت الغصب عند الحنفيّة. وإلى هذا المعنى أشار الإمام محمّد رحمه الله تعالى حيثُ قال: "ومن ضمِن شيئاً فصار له من وجهِ غصبٍ، فأحبُّ إلينا أن يتصدّق به، ولايأكلَه، وكذلك ربحه." وقال الإمام نجم الدّين النّسفيّ رحمه الله تعالى في تعليله:

---

(١) كتاب الآثار، باب الدّعوة، ص ٢٠٠

www.besturdubooks.wordpress.com

"لأنّه استفاده بفعلٍ لايحلّ، فصار كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض، إلاّ أن يجعله صاحبُه في حلٍّ، فحينئذ يُباحُ تناوله لانقطاع ذلك السّبب."(١)

ولكن إن باعه أو وهبه لأحدٍ بعد أداء البدل، جاز للمشتري أو الموهوب له أن ينتفع به بلاكراهة، لأنّه إنّما اشترى أو اتّهب ماهو مملوكٌ للبائع أو الواهب، وكانت الكراهةُ في حقّه، وليس في حقّ من أخذه منه بطريق مشروع. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٨٦- القسم الثّالث: ما كان مجموعاً من الحلال والحرام

وهو على أربع صور:

الصّورة الأولى: أن يكون الحلالُ عند الغاصب أو كاسب الحرام متميّزاً من الحرام، فيجري على كلّ واحدٍ منهما أحكامُه. وإن أعطى أحداً من الحلال، حلّ للآخذ، وإن أعطى من الحرام، حرُم عليه، وإن علم الآخذُ أنّ الحلال والحرام متميّزان عنده، ولكن لم يعلَمْ أنّ ما يأخذُه من الحلال أو من الحرام، فالعبرةُ عند الحنفيّة للغلَبة. فإن كان الغالبُ في مالِ المعطِي الحرام، لم يجُزْ له، وإن كان الغالبُ في ماله الحلال، وسع له ذلك.

وهو محملُ ما جاء في الأشباه والنّظائر وغيرها من الكتب:

"إذا كان غالبُ مال المهدِي حلالاً، فلابأس بقبول هديّته وأكلِ ماله، مالم يتبيّن أنّه من حرام. وإن كان غالبُ ماله الحرام، لايقبلُها، ولا يأكلُ إلاّ إذا قال: إنّه حلالٌ ورثه أو استقرضه."(٢)

---

(١) المحيط البرهانيّ، كتاب الغصب، الفصل التّاسع ٨: ٢٤٦

(٢) الأشباه والنّظائر، الفنّ الأول، القاعدة الثّانية: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام ١: ٣٠٩ وكذلك جاء في الاختيار شرح المختار: "(لايجوز قبول هديّة أمراء الجور) لأنّ الغالب في مالهم الحرمة (إلاّ إذا علم أنّ أكثر ماله حلال) بأن كان صاحب تجارة أو زرع، فلابأس به، لأنّ أموال النّاس =

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّ قوله " مالم يتبيّن أنّه من حرام" يدلّ على أنّ هذه المسئلة متعلّقةٌ بما إذا كان الحرامُ متميّزاً عن الحلال. ولئن كان المقصودُ أنّ الغلبة شرطٌ للمخلوط غير المميّز أيضاً، فإنّه يُحمل على الورع، لما سيأتي إن شاء الله تعالى في تحقيق مذهب الحنفيّة في الصّورة الثّالثة.

والّذي يظهر من عباراتِ الحنابلة أن لاعبرةَ بالغَلَبة عندهم في هذه الصّورة، بل يصحّ قبولُ الهديّة وعقدُ البيع معه، ولكنّه مكروه. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

"وإذا اشترى ممّن في ماله حرامٌ وحلال، كالسُّلطان الظّالم والمُرابي، فإن علم أنّ المبيعَ من حلالِ ماله فهو حلال، وإن علم أنّه حرامٌ فهو حرام، ولايُقبل قولُ المشتري في الحكم، لأنّ الظّاهرَ أنّ مافي يد الإنسان ملكُه. فإن لم يعلم من أيّهما هو، كرهناه لاحتمال التّحريم فيه، ولم يبطل البيع لإمكان الحلال، قلّ أو كثُر. وهذا هو الشّبهة. وبقدرِ قلّة الحرام وكثرته تكون كثرةُ الشّبهة وقلّتها."[1]

٤٨٧- والصّورة الثانية: أن يكون المرأ خلَطَ المغصوباتِ بعضَها ببعض، بأن غَصب شيئاً من واحد وشيئاً آخر من آخر، ثمّ خلَطها بحيثُ لايتميّز بعضُها من بعض، ولكنّ

= لاتخلو عن قليل حرام، والمعتبر الغالب. وكذلك أكل طعامهم." (الاختيار شرح المختار، كتاب الكراهية، فصل في الكسب ٤: ١٧٦) وفي الهندية: "أكل الربا وكاسب الحرام أهدى إليه أو أضافه، وغالب ماله حرام، لايقبل ولايأكل، مالم يخبره أنّ ذلك المال أصله حلال ورثه أو استقرضه. وإن كان غالب ماله حلالاً، لابأس بقبول هديته والأكل منها، كذا في الملتقط." (الهندية، الحظر والإباحة ٥: ٣٤٣، باب ١٢)

(١) المغني لابن قدامة، كتاب البيوع ٤: ٣٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الكلَّ مغصوب، وعُرف ذلك منه. ولا خلاف في أنّه لا يجوز للغاصب أن يخلط المالَ المغصوب بشيئٍ آخر، لأنّه تصرّفٌ في غير ملكه. أمّا لو ارتكب هذا المحظور، وخلَط المغصوباتِ بعضَها ببعض، فاختلف الفقهاءُ في حكمِ المخلوط.

٤٨٨ـ مذهب الأئمة الثّلاثة والصّاحبين

فعند الأئمّة الثّلاثة وأبي يوسف ومحمّد رحمهم الله تعالى لايملكُ الغاصبُ المخلوطَ بالخلْط، بل يكون المالُ المخلوط مشتركاً بين أصحابه، لايزولُ ملكهم منه،[١] فتجري فيه أحكامُ القسم الأوّل، من أنّه لايجوز للغاصب الانتفاعُ بشيئٍ منه، ولا لأحدٍ أن يقبلَ شيئاً منه هديّةً، ولاأن يُبايعَه فيه.

٤٨٩ـ مذهب الإمام أبي حنيفة

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إنّ الأموال المغصوبة من أكثرَ من واحد متى خَلطَها الغاصبُ بعضَها ببعض، فقد مَلَكها الغاصبُ مِلكاً خبيثاً، ووجب عليه مثلُ ما غصَب، ولايجوز له الانتفاع به. والفرقُ بين القولين أنّ الغاصبَ الخالطَ إن باع المخلوطَ أو شيئاً منه، نفذ البيعُ عند أبي حنيفةَ رحمه الله تعالى، (بمعنى أنّه ينقُل إلى المشترى ملكَ المغصوب بخُبثه، فلا يحلّ للمشترى منه الانتفاعُ قبل أداء الضّمان) ووجب على الغاصب أن يؤدّيَ الضّمان إلى المغصوب منه. أمّا عند الأئمّة الثّلاثة والصّاحبين، فلا ينفذ البيعُ أصلاً، لكونه بيعاً من غير مالكه.

---

(١) المحيط البرهاني، كتاب الغصب، الفصل الخامس ٨: ٢٢٦؛ وقال ابن قدامة: "وإن غصب دنانير أو دراهم من رجال وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميّز، صارا شريكين. (المغني، كتاب الغصب ٥: ٤٠٦)

www.besturdubooks.wordpress.com

وبقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أفتى جمعٌ من المشايخ المتأخرين، مثلُ أبي بكر محمّد بن الفضل والفقيه أبي اللّيث رحمهما الله تعالى.[١] وذكر في خلاصة الفتاوى والدرّ المختار أنّ قوله أرفقُ للنّاس.[٢]

ولكنّ المِلكَ الّذي يحصُل بالخلط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ملكٌ خبيث، فلايحلُّ للخالط الانتفاع بالمخلوطِ قبل أداء البدل.[٣]

٤٩٠- الفرق بين المقبوض بالبيع الفاسد وبين ما اشتُري بالمغصوبات المخلوطة

وليُتنبّه أنّ نفاذَ البيع على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذه الصّورة ليس مثلَ ما ينفذ البيع ممّن ملك المبيعَ بالشّراء الفاسد، حيثُ يحلُ للمشتري منه الانتفاع، ولا يُكرَه له ذلك، وإن كان نفسُ الشّراء مكروهاً. لأنّ نفاذَ البيع في المغصوبات المختلطة قاصرٌ على صحّة البيع وانتقال المِلك الخبيث بخُبثه، فلا يطيبُ للمشتري أن ينتفعَ به حتّى يقبضَ المغصوبُ منه البدل.

والّذي يدلّ على ذلك ما جاء في شرح السّير الكبير من أنّ المسلمَ إن دخل دارالحرب مستأمناً، فغصب شيئاً من حربيّ، وأحرزه بدارالإسلام، مَلَكه بالإحراز مِلكاً خبيثاً، ويؤمَرُ بالرّدّ إلى مالكه. وفي هذه الصّورة قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإن اشترى إنسانٌ منه ذلك، جاز الشّراءُ وإن كان مُسيئاً، لأنّه مِلكُ نفسه،

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣: ٣٤٢ الحظر والإباحة، باب ١٢

(٢) خلاصة الفتاوى ١: ٢٤٥ والدرالمختار مع ردّالمحتار، كتاب الزكوة، باب زكوة الغنم ٥: ٥٢٥

(٣) المحيط البرهاني ٨: ٢٢٦

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّ فساد السّبب شرعاً لايمنعُ ثبوت الملك بعد تمامه، والنّهيُ عن هذا الشّراء ليس لمعنىً في عينه. وبعد ما جاز الشّراءُ يُؤمرُ فيه المشتري بمثل ما كان يُؤمر به البائعُ من الرّدّ على أهل الحرب، لأنّ المعنى الموجبَ للرّدّ لايزولُ بهذا الشّراء. وهذا بخلاف المشتري شراءً فاسداً إذا باعه المشتري من غيره بيعاً صحيحاً، فإنّ المشتريَ الثّانيَ لايؤمر بالرّدّ، وإن كان البائعُ مأموراً بذلك، لأنّ هناك المعنى الموجبَ للرّدّ قد زال ببيعه من غيره، لأنّ وجوبَ الرّدّ لفساد البيع حكمٌ مقصورٌ على مِلك المشتري، وقد انقطع ملكه بالبيع من غيره. أمّا هنا، فوجوبُ الرّدّ إنّما كان لمراعاة ملكهم في ذلك المال، ولأجل غدر الأمان، وهذا المعنى قائمٌ في مِلك المشتري، كما هو في مِلك البائع الّذي أخرجه. فلهذا يُفتى بالرّدّ كما كان يُفتى به البائع."[1]

والحاصلُ أنّ المالَ المغصوبَ يُفارق المشترى بالبيع الفاسد في أنّ المشتريَ في البيع الفاسد إنّما حصل له الملكُ في المبيع برضا البائع الّذي أخذ ثمنه، وإنّما جاء الفسادُ لعارض. فلو باعه المشتري إلى آخر، فرضا البائع الأوّل قائمٌ، وقد حصل على ثمنه أو قيمته أو مثله في أكثر الأحوال، والفسادُ العارضُ قد زالَ بزوال ملك المشتري الأوّل، فلا يتعلّقُ به حقُّ عبد. بخلاف المغصوب، فإنّ رضا المالك فيه مفقودٌ، وإنّما جاء فيه مِلكُ الغاصب لعارضٍ، وهو الاستهلاك أو الخلط. فلا ينتقل به الملكُ إلى المشتري من الغاصب إلاّ مثلُ الملك الّذي حصل للغاصب، وبما أنّ رضا المالك مفقودٌ بعد البيع كما كان قبله، فلا يحلُّ الانتفاعُ للمشتري كما كان

---

(١) شرح السّير الكبير للسّرخسي، باب المسلم يخرج من دارالحرب، ومعه مال، ج ٤: ١١١٧ إلى ١١١٩ فقرات ٢٠٤٥ إلى ٢٠٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

لايحلُّ للبائع الغاصب، إلى أن يؤدي الغاصبُ أو المشتري منه البدلَ إليه.[١]

٤٩١ - حكم هديّة الغاصب من المغصوبات المخلوطة

فإن دفع شيئاً من هذا المخلوط إلى آخرَ هبةً قبل أداء بدله، فإن كان الآخذُ فقيراً، جاز له الأخذُ والانتفاعُ به. وبه أفتى الإمام أبوبكر الفَضليّ رحمه الله تعالى، كما جاء في الفتاوى الهنديّة:

"فقيل له: لو أنّ فقيراً يأخذ جائزةَ السّلطان، مع علمه أنّ السّلطانَ يأخذها غصباً، أيحلّ له؟ قال: إن خلطَ ذلك بدراهمَ أخرى، فإنّه لابأسَ به، وإن دفع عينَ المغصوبِ من غير خَلْطٍ لم يجز."[٢]

والظّاهرُ أنّ هذا القدرَ أيضاً متفقٌ عليه بين الفقهاء.

أمّا إذا كان الآخذُ لاتحلُّ له الصّدقة، فللفقهاء فيه أقوال: والرّاجحُ من مذهب المالكيّة والحنفيّة أنّه لا يحلّ له الانتفاع به. جاء في الفتاوى البزّازيّة:

"ما يأخذه الأعونةُ من الأموال ظلماً، ويخلطه بماله[٣] وبمال مظلوم آخر، يصيرُ ملكاً له، وينقطعُ حقُ الأوّل، فلا يكون أخذُه[٤] عندنا حراماً محضاً. نعم، لايُباحُ

(١) وهو رأي شيخنا العلاّمة المفتي رشيد أحمد رحمه الله تعالى، وراجع له أحسن الفتاوى ٨: ٣٢٨

(٢) الفتاوى الهنديّة، الحظر والإباحة، الباب الثاني عشر ٥: ٣٤٢ وعدم جواز عين المغصوب للفقير محمولٌ على ما إذا أمكن ردّه إلى مالكه.

(٣) سيأتي في الصّورة الثالثة أنّ الغاصب إذا خلط المغصوب بمال نفسه، فإنّه يجوز له الانتفاع بقدر حصّته في المخلوط. ولذلك ماذكر ههنا من الخلط بمال نفسه محمولٌ على أن يدفع إلى آخر ما هو زائد من حصّته في المخلوط.

(٤) أي أخذ ذلك المال المغصوب من الغاصب، ولايمكن حمله على أخذ الغاصب من المغصوب منه، لأنّه حرامٌ بلاشك.

www.besturdubooks.wordpress.com

الانتفاع به قبل أداء البدل في الصحيح من المذهب."[1]

ووجه الفرق بين الفقير والغني في هذه المسئلة أن الملك الخبيث سبيله التصدق إلى الفقراء، إذا لم يرد إلى مالكه الأول، فجاز للفقير أخذه. ولكن ذلك لايبرئ ذمة الغاصب إن أمكن دفع الضمان إلى مالكه الأول. ولانعلم في هذا خلافاً بين الفقهاء.

٤٩٢- شراء الغاصب بالمغصوبات المخلوطة

أما إذا اشترى الغاصب شيئاً بهذا القسم من المخلوط، فتجري فيه أحكام القسم الأول عند الأئمة الثلاثة. والظاهر من قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ينفذ البيع بمعنى أنه ينتقل إلى المشتري الغاصب ملك ما اشتراه، ولكن لا يحل له الانتفاع به إلى أن يؤدي الضمان إلى المغصوب منهم. أما البائع الذي باع إليه، فالظاهر أنه يحل له الانتفاع بالثمن الذي قبضه، ولو كان الثمن من النقود، لأن فريضة الرد إلى المغصوب منهم انتقل بالخلط إلى الضمان الواجب في ذمة المشتري الغاصب، فلم يكن ما قبضه البائع عين المغصوب.

٤٩٣- والصورة الثالثة: أن الغاصب خلط المغصوب بماله الحلال بدون تمييز، وعُرف ذلك منه.

وقد اختلف فيه الفقهاء على أقوال:

القول الأول: قول أصبغ من المالكية، وهو أنه لايجوز له الانتفاع بشيء منه، ولاقبول هديته ولامبايعته، وإن كان أكثر ماله حلالاً، لأنه باختلاط الحرام صار كله حراماً.

---

(١) الفتاوى البزازية، قبيل كتاب الزكوة بهامش الهندية ٤: ٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٩٤–القول الثاني: قولُ ابن وهب من المالكيّة: وهو أنّه مالٌ مشتبه. فيُكره الانتفاع به. وقبولُ الهدية منه. ومبايعتُه. وإن كان الحلالُ في المخلوط أكثر، ووجّهه ابنُ رشد رحمه الله تعالى بأنّ الحرام لمّا اختلط بماله صار شائعاً فيه. فإذا عامله في شيئ منه، فقد عامله في جزء من الحرام، فرأى ذلك من المتشابه. ومنع منه على وجه التّوقّي.

٤٩٥–القول الثّالث: قول ابن القاسم من المالكيّة: وهو أنّه إن كان أكثرُ ماله حلالاً. جاز قبولُ هديته وأكلُ طعامه، ومبايعته. وإن كان أكثرُ ماله حراماً، فكلُّ ذلك مكروه، إلاّ إذا ابتاع سلعةً حلالاً، فلا بأس أن يبتاع منه، وأن يقبل منه هبةً إن علم أنّ مابقي بيده مايفي بما عليه من التّبعات. وذكر ابنُ رشد رحمه الله تعالى أنّ قول ابن القاسم هو القياس، وقول ابن وهب هو الاستحسان. وأمّا قولُ أصبغ، فإنّه تشديدٌ على غير قياس.[1]

٤٩٦–القول الرّابع: مذهب الحنابلة. وهو أنّ الحلال إن كان كثيراً، جاز أن يُنتفع به بقدر الحلال. وإن كان قليلاً، فالورع أن يتصدّق بالكلّ. قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى فيمن معه ثلاثةُ دراهم فيها درهمٌ حرام: "يتصدّق بالثّلاثة، وإن كان معه مائتا درهم فيها عشرةٌ حرام، يتصدّق بالعشرة، لأنّ هذا كثير وذاك قليل."

ثمّ لم يُنقل عنه تحديدُ الكثير من القليل. قال القاضي: "وليس هذا على سبيل التّحديد، وإنّما هو على طريق الاختيار. لأنّه كلّما كثُر الحلال بعد تناول الحرام، شقّ

---

(١) راجع لجميع هذه الأقوال المقدمات الممهدات لابن رشد، كتاب الجامع ٣: ٤٢٢ والمقصود بالشرط الأخير أن يبقى عنده بعد الشراء مالٌ يوفي ما عليه من ضمان المغصوبات.

www.besturdubooks.wordpress.com

التورع عن الجميع، بخلاف القليل، فإنه يسهل إخراج الكل، والواجب في الموضعين إخراج قدر الحرام، والباقي مباح له. وهذا لأن تحريمه لم يكن تحريماً لعينه، وإنما حرم لتعلق حق غيره به. فإذا أخرج عوضه زال التحريم عنه، كما لو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه، وسواء كان قليلاً أو كثيراً. والورع إخراج ما يتيقن به إخراج عين الحرام، ولايحصل ذلك إلا بإخراج الجميع. لكن لما شق ذلك في الكثير، ترك لأجل المشقة فيه واقتصر على الواجب. ثم يختلف ذلك باختلاف الناس. فمنهم من لايكون له إلا الدراهم اليسيرة، فيشق إخراجها، ومنهم من يكون له مال كثير، فيستغني عنها، فسهل إخراجها."[1]

والذي يظهر من هذا التفصيل أنه لو أعطى أحداً بهبة أو شراء قدر ما في المخلوط من الحلال، جاز للآخذ أن ينتفع به، لأن التصدق بالكل إنما كان على سبيل التورع، ولم يكن الواجب إلا إخراج قدر الحرام.

٤٩٧–والقول الخامس: قول الشافعية، وهو قريب من قول الحنابلة، غير أنه يبدو أن الحلال إن كان قليلاً نادراً، فالتصدق بالكل واجب عندهم، وليس ورعاً فقط. فلا يجوز لأحد أن يقبل منه هبة ولا أن يبايعه، ولو بقدر الحلال. يقول العلامة عز الدين بن عبد السلام رحمه الله تعالى:

"فإن قيل: ما تقولون في معاملة من اعترف بأن أكثر ماله حرام، هل تجوز أم

---

(١) المغني لابن قدامة، كتاب البيوع ٤: ٣٠٩ وقد ذكر ابن مفلح رحمه الله تعالى في هذه المسئلة أقوالاً كثيرة منها التحريم مطلقاً، ومنها عدم التحريم مطلقاً مع الكراهة، قل الحرام أو كثر، ومنها إن زاد الحرام على الثلث، حرم الأكل، وإلا فلا، ومنها الحل إن كان الحلال أكثر. (راجع للتفصيل الآداب الشرعية والمنح المرعية لابن مفلح ١: ٤٦٨ إلى ٤٧٤)

www.besturdubooks.wordpress.com

لا؟ قلنا: إن غلب الحرامُ عليه بحيثُ يندرُ الخلاصُ منه، لم تجز مُعاملتُه، مثل أن يُقِرّ أنّ في يده ألفَ دينار كلُّها حرام إلاّ ديناراً واحداً. فهذا لاتجوز معاملتُه بدينارٍ لنُدرة الوقوع في الحلال...وإن عومِل بأكثر من الدّينار...فلا شكّ في تحريم ذلك. وإن غلب الحلالُ، بأن اختلط درهمٌ حرامٌ بألف درهم حلال، جازت المعاملة...وبين هاتين الرُّتبتين من قلّةِ الحرام وكثرته مراتبُ محرّمةٌ ومكروهةٌ ومُباحة. وضابطُها أنّ الكراهةَ تشتدّ بكثرة الحرام، وتخِفّ بكثرة الحلال. فاشتباهُ أحد الدّينارين بآخر سببُ تحريمٍ بيّن، واشتباهُ دينارٍ حلال بألف دينارٍ حرامٍ سببُ تحريم بيّن، وبينهما أمور مشتبهات مبنيّةٌ على قلّةِ الحرام وكثرته بالنّسبة إلى الحلال، فكلّما كثُر الحرامُ، تأكّدت الشّبهة، وكلّما قلّ، خفّت الشّبهة إلى أن يُساويَ الحلالُ الحرامَ، فتستوي الشّبهات."[1]

وذهب بعض الشّافعيّة إلى أنّ القدرَ الحلال من المختلط يجوز الانتفاع به. فقال السّيوطيّ رحمه الله تعالى:

"في فتاوى ابن الصّلاح: لو اختلط درهمٌ حلال بدراهم حرام، ولم يتميّز، فطريقُه أن يُعزل قدرُ الحرام بنيّة القسمة، ويتصرّف في الباقي. والّذي عزله إن علم صاحبه، سلّمه إليه، وإلاّ تصدّق به عنه. وذكر مثله النّوويّ، وقال: اتّفق أصحابنا ونصوص الشّافعيّ على مثله فيما إذا غصب زيتاً أو حنطة، وخلط بمثله. قالوا: يدفع إليه من المختلط قدر حقّه، ويحلّ الباقي للغاصب.

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعزبن عبدالسلام ص ٧٢ و٧٣

www.besturdubooks.wordpress.com

فأمّا ما يقوله العوام: إنّ اختلاط ماله بغيره يُحرِّمه، فباطلٌ لا أصل له."

وقال بعد ذلك:

"معاملةُ مَن أكثرُ ماله حرامٌ، إذا لم يُعرف عينُه، لايحرم في الأصحّ، لكن يُكره. وكذا الأخذ من عطايا السّلطان إذا غلب الحرام في يده، كما قال في شرح المهذّب: إنّ المشهورَ فيه الكراهةُ، لا التّحريم، خلافاً للغزاليّ."(١)

٤٩٨–والقولُ السّادس قولُ الحنفيّة، وإنّ من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ الغاصبَ لو خلّطَ المغصوبَ بمالِ غيره أو بمال نفسه يملكُ المخلوط. جاء في الدّرّ المختار: "أواختلط المغصوبُ بملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازه...ضمنَه وملَكه بلاحلّ انتفاعٍ قبل أداء ضمانه." وقال ابن عابدين: "قوله: "بملك الغاصب" وكذا بمغصوب آخر"(٢)

وقد يُفهم منه أنّه لافرقَ بين المخلوط بماله، وبين المخلوط بمالِ غيره، حيثُ لايجوز الانتفاعُ بالكلّ في الصّورتين جميعاً، ولكنّ المرادَ أنّ حُكمَ الصّورتين سواءٌ في أنّ الغاصبَ يملكُ المخلوط. أمّا في حقّ حلّ الانتفاع، فالظّاهر أنّ الحكمَ يختلف في الصّورتين، بأنّه إن خلط المغصوبَ بمغصوبٍ آخر، فلا يحلّ الانتفاعُ بشيءٍ منه، لأنّ كلّه خبيث. أمّا إذا خلّطه بمال نفسه، فالمرادُ أنّه لايحلّ له الانتفاعُ بالحصّة المغصوبة. أمّا الانتفاعُ بحصّة ماله، فيجوز، سواءٌ كان قليلاً أو كثيراً.

وقد اشتهر على الألسُن أنّ حكمَ التّعامل مع مَن كان مالُه مخلوطاً بالحلال والحرام أنّه إن

---

(١) الأشباه والنّظائر للسّيوطيّ، ص ١٠٧ القاعدة الثانية: اليقين لايزول بالشكّ.

(٢) ردّالمحتار، كتاب الغصب ٦: ١٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

كان الحلالُ فيها أكثر، جاز التّعاملُ معه بقبول هديّته وتعاقُد البيع والشّراء معه، وبذلك صدرت بعضُ الفتاوى. ولكنّ ما يتحقّق بعد سبْر كلام الفقهاء الحنفيّة في هذا الموضوع أنّ اعتبارَ الغلبة إنّما هو فيما إذا كان الحلالُ متميّزاً عن الحرام عند صاحبه، ولايعلمُ المتعاملُ معه أنّ ما يُعطيه من الحلال أو من الحرام. فحينئذٍ تُعتبر الغلبة، بمعنى أنّه إن كان أكثرُ ماله حلالاً، يُفرض أنّ ما يُعطيه من الحلال، والعكسُ بالعكس، كما قدّمنا نُصوصَه في الصّورة الأولى.

أمّا إذا كان الحلالُ مخلوطاً بالحرام دون تمييز أحدهما بالآخر، فإنّه لاعبرةَ بالغلبة في هذه الحالة في مذهب الحنفيّة، بل يحلّ الانتفاعُ من المخلوط بقدر الحلال، سواءٌ أكان الحلالُ قليلاً أم كثيراً. ويدلّ على ذلك ما يأتي:

١- **أوّلاً**: إنّ الضميرَ المنصوبَ في قول الدّرّ المختار: "ضمِنَه وملكَه" يرجعُ إلى المغصوب، لأنّه محلُّ الضّمان والملك الجديد. أمّا مالُه الحلال، فلا هو يضمنه، ولايحدُث له فيه ملكٌ جديد، وقولُه "بلا حلّ انتفاع" متعلّقٌ بالضّمان والملك الجديد، وليس متعلّقاً بماله الّذي لايضمنُه للمغصوب منه، وهو مملوكٌ له قبل الخلط. فظهر أنّ عدم حلّ الانتفاع متعلّقٌ بالحصّة المغصوبة فقط.

٢- **وثانياً**: إنّهم علّقوا حُرمةَ الانتفاع برضا مالكه بأداءٍ أو إبراء، كما في الدّرّ المختار. وهذه العلّةُ إنّما تتأتّى في الحصّة المغصوبة، وليس في ملك الغاصب.

٣- **وثالثاً**: إنّ فقهاء الحنفية لم يُقيّدوا عدمَ حلّ الانتفاع في هذه الصّورة بكون الغالب في المخلوط حراماً. فلو حكمْنا بحرمة الانتفاع في الكلّ، لزمَ أن لايحلَّ له الانتفاعُ بملكه الطّيّب. وإن قيل: إنّ الخُبثَ قد سرى إلى الحلال بطريق الشّيوع، كما

www.besturdubooks.wordpress.com

هو قول أصبغ من المالكيّة. فإنّ ذلك لايصحّ على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأنّه يقول: إنّ الغاصب مَلَكَ الكُلَّ بالخلط، وليس المغصوب منه شريكاً له. فلا يتصوّر الشّيوع على مذهبه.

وإن أريد الشّيوع المعنويّ لخبثٍ في بعضه، فيلزم منه أن لايجوز له الانتفاع، وإن كان غالبُ ماله حلالاً، لأنّ الشّيوع المعنويّ قائمٌ فيه أيضاً. وعليه، فلوكان في ماله المخلوط ألفٌ من الحلال، وواحدٌ من الحرام، لزم أن لايحلُّ له الانتفاع بشيئٍ منه، وهذا خلافُ البداهة، ولم يقل به أحدٌ من الحنفيّة. وقد ذكرنا قولَ الفقهاء الحنفيّة في القسم الثاني (المخلوط المتميّز) أنّه إن كان الغالبُ في الأموال المتميّزة حلالاً، جاز للموهوب له أن ينتفع بما وُهِب له، مالم يعلم أنّ ما أهدي إليه حرامٌ بعينه، وعلّله الفقهاء بقولهم: "إنّ أموالَ النّاس لاتخلو عن قليل حرام."[1] مع أنّ احتمالَ كونه من الحرام قائمٌ في المال الّذي أكثرُه حلال، فالانتفاع بقدر الحلال من المال المخلوط أولى بالجواز، لأنّ احتمالَ كونه حراماً منتفٍ ههنا.

٤- **ورابعاً:** تدلُّ بعض الجزئيّات على صحّة ما قلنا من أنّه يحلُّ له الانتفاع بقدر مِلْكه الحلال في المخلوط. فقد جاء في الفتاوى التّتارخانيّة نقلاً عن جامع الجوامع: "غصب كُرّاً، فخلَط بكُرّه، ثمّ باع نصفه مُشاعاً، جاز."[2]

وهذا صريحٌ في أنّه يحلّ له التّصرّف فيه بقدر مِلكه فيه. كما أنّه يدلّ على أنّ جواز الانتفاع ليس مشروطاً بكون الغالب حلالاً في هذه المسئلة، لأنّ الحلالَ والحرامَ في

(١) الاختيار شرح المختار ٤: ١٧٦

(٢) الفتاوى التتارخانيّة، كتاب الغصب، الفصل الخامس ١٦: ٤٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

المسئلة المفروضة متساويان: وليس الحلالُ غالباً.

وقد رُوي عن الإمام محمّد رحمه الله تعالى حِلُّ الانتفاع بقدر الحلال بصراحة. جاء في التّتار خانيّة عنه: "غصب عشرة دنانير، فألقى فيها ديناراً، ثمّ أعطى منه رجلاً ديناراً، جاز، ثمّ ديناراً آخر، لا."[١] والحلالُ ههنا أقلّ، ولكنّه أجيز بقدر الحلال بدون اعتبار الغلبة.

٥- وخامساً: قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ولو خلط الغاصبُ دراهمَ الغصب بدراهم نفسه خلطاً لايتميّز، ضمنَ مثلَها، وملك المخلوط، لأنّه أتلفها بالخلط. وإن مات، كان ذلك لجميع الغرماء، والمغصوبُ منه أسوةُ الغرماء، لأنّه زال مِلكُه عنها، وصار مِلكاً للغاصب."

وكونُ المغصوبِ منه أسوةً للغرماء يدلّ على أنّه يجوز للغرماء الآخرين أن يأخذوا منه بنسبة ديونهم، ويحلّ لهم الانتفاعُ بما أخذوه. ثمّ قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ولو اختلطت دراهمُ الغصب بدراهم نفسه بغير صُنعه، فلا يضمن، وهو شريكٌ للمغصوب منه، لأنّ الاختلاطَ من غير صُنعه هلاك، وليس بإهلاك، فصار كما لو تلفت بنفسها، وصارا شريكَين لاختلاط المِلكين على وجهٍ لايتميّز."[٢] وتصرّفُ الشّريك في حصّته تصرّفٌ جائز.

---

(١) الفتاوى التتارخانيّة، كتاب الغصب، الفصل التاسع ١٦: ٥٠٩ ووردت هذه الرواية على أنّ ما روى عن الإمام محمّد رحمه الله تعالى من أنّ الغاصب إذا خلط المغصوب بملك نفسه لايملكه، محمولٌ على أنّه لايملك حصّة الغصب فيه. ولكن لايخرج ماله الحلال عن ملكه، ولذلك حلّ له الانتفاع بقدر ملكه فيه.

(٢) بدائع الصنائع، كتاب الغصب ٦: ١٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

٦- **وسادساً:** جاء في الدّرّ المختار:

"ولو خلط السلطانُ المالَ المغصوبَ بماله مَلَكه، فتجب الزّكوةُ فيه، ويورثُ عنه، لأنّ الخلطَ استهلاكٌ إذا لم يُمكن تمييزُه عند أبي حنيفة، وقوله أرفق، إذ قلّما يخلو مالٌ عن غصب. وهذا إذا كان له مالٌ غيرُ ما استهلكه بالخلط منفصلٌ عنه يُوفي دَينه، وإلاّ فلا زكوةَ، كما لو كان الكلُّ خبيثاً، كما في النّهر عن الحواشي السّعدية."

وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحت قوله: "بماله": "وأمّا لوخلطه بمغصوبٍ آخر، فلازكوةَ فيه." [1] وههنا فرّقوا بين المخلوط بمغصوبٍ آخر وبين المخلوطِ بملكه، مع أنّ الخالطَ يملكُ المخلوطَ في الفصلين جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فالظّاهرُ أنّ المخلوطَ بمغصوبٍ آخرَ كلُّه خبيثٌ عنده، والمخلوطُ بملكِه خبيثٌ بقدر الغصب، وطيّبٌ بقدر الحلال، ولذلك وجبت فيه الزّكوةُ بقدرحصته،[2] فإنّ الزّكوةَ لاتجبُ على الخبيث.

ومقتضى هذه الأدلّة أنّه إن أعطى منه أحداً بقدر الحلال، جاز للآخذ أخذُه والانتفاع به، سواءٌ أكان غنياً أم فقيراً. وقد وجدتُ ذلك صريحاً في الفتاوى الخانيّة عن الفقيه أبي اللّيث رحمه الله تعالى، قال:

---

(١) ردّالمحتار، كتاب الزكوة، باب زكوة الغنم ٥: ٥٢٤ و٥٢٥ فقره ٨١٠٧

(٢) وإنّما قلنا "بقدر حصته" لأنّهم اشترطوا أن يكونَ له مالٌ غير ما استهلكه بالخلط يوفي دينه، أي دينه المستحقّ للمغصوب منه، وحاصلُه أنّه لايؤدّي إلاّ زكوة حصته

www.besturdubooks.wordpress.com

"إن كان مختلطاً بماله...على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يملكُ المالَ بالخلط، ويكون للآخذ أن يأخذَ إذا كان في بقيّةِ مال الميّت وفاءٌ بمقدار ما يؤدّى به حقُّ الخصماء."[1]

ولذلك أفتى شيخ مشايخنا الإمام أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى في عدّة أسئلةٍ في المال المخلوط بالحلال والحرام بحلّ التّعامل. فسُئل عن رجل يسكُن مع أبيه وإخوته الّذين يكسبون عن طريق الرّشوة، ومالُ السّائل حلال. وهو يُشاركهم في مصاريف البيت. فأجاب رحمه الله تعالى: "الخلط استهلاك، والاستهلاك موجبٌ للملك. فإن كانت هذه المبالغُ تُصرف مجموعةً، يجوز للسّائل حسب الفتوى، وإن كان خلافَ التّقوى. وإن كان كلُّ أحد يصرّف مبلغه على التّعاقب، مميّزاً عن المبالغ الأخرى، فعندما يُصرف مبلغُ الرّشوة، فإنّ أكله حرامٌ للسّائل."[2]

وحاصلُه أنّه يجوز للسّائل الانتفاع بهذا المخلوط بقدر حصّته فيه، وإن كان الظّاهر أنّ حصّته أقلُّ من مجموع حصص أبيه وإخوته.

أمّا عند محمّد رحمه الله تعالى، فإنّ الغاصبَ الخالطَ وإن كان لايملكُ المغصوب

---

(١) الفتاوى الخانيّة، أوائل كتاب الحظر والإباحة، بهامش الهنديّة ٣: ٤٠١ وليُتنبه أنّ الفقيه رحمه الله تعالى قد ذكر هنا قولَ أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى على أصلهما أنّ الغاصب لايملك المغصوب بالخلط بما يُتوهم منه أنّه لايجوز عندهما الانتفاع بالمخلوط بقدر الحلال أيضا. ولكنّه خلافُ ما سيجيء صراحةً من مذهبهما.

(٢) هذا مفهوم ماجاء في إمداد الفتاوى، كتاب الحظر والإباحة ٤: ١٤٨ سؤال ١٨٢ وليُتنبه أنّ السؤال الّذي قبله يتعلّق بالصّورة الرّابعة الّتي لايُعرف فيه أنّ الأموال متميّزة أولا. والسؤالُ الّذي بعده حُكم فيه بالغلبة يبدو متعارضا بما قلنا، ولكن يُمكن حملُه على الأموال المتميّزة. والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

بالخلط، بل يُخيَّر المغصوبُ منه بين أن يضمن له حصّته أو يصير شريكاً له فيه. ولكنّ هذا لا يعني أن يزول ملكُه عن مال نفسه الّذي خلطه بالمغصوب، فيبقى مالكاً بذلك القدر، ولذلك يجوز له أن يكون شريكاً للمغصوب منه. وعلى هذا تختلف مسئلةُ حلّ الانتفاع في هذه الصّورة منها في الصّورة الثّانية الّتي ليس فيها من مال الغاصب شيئ. فالظّاهر من أصله أنّه يحلّ الانتفاع بهذا المخلوط بقدر حصّته فيه، ولا يحلُّ فوق ذلك.

وأمّا أبو يوسف رحمه الله تعالى، فقد اضطربت عباراتُ الفقهاء في نقل مذهبه، والظّاهر أنّه يعتبر الغلبةَ في المخلوط. فإن كان مالُ الغاصب فيه أقلّ، لا يحلّ له الانتفاع به إلاّ بقدر الحلال، وإن كان الغالبُ فيه مالَ نفسه الحلال، فإنّه يجوز له الانتفاع بالكلّ. جاء في المحيط البرهاني نقلاً عن المنتقى:

"قال هشام: سألت محمّداً عن رجلٍ غصب من رجلٍ ألف درهم، وخلط بها درهماً من ماله. قال: مذهبُ أبي يوسف في هذا: إذا كانت دراهمُ الخالط أقلّ[1]، فالمغصوبُ منه بالخيار، إن شاء ضمّنه دراهم، وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه. قلت: فإن كان سواءً، فما مذهب أبي يوسف؟ قال: لاأدري. وأمّا في قولنا: (أي في قول الإمام محمّد) فالمغصوبُ منه بالخيار على كلّ حال، إن شاء ضمّن الغاصبَ دراهمه، وإن شاء كان شريكاً فيها."[2]

والخلاصةُ أنّ الغاصبَ إن خلطَ المغصوبَ بماله، ملكه وحلّ له الانتفاع بقدر حصّته على أصل أبي حنيفة، وعند محمّد رحمه الله تعالى، حلّ له الانتفاع بقدر

(١) ودلّ هذا القول بمفهومه أنّه إن كان مالُ الخالط أكثر، ملك الكلّ ويحلّ له الانتفاع، والله أعلم.
(٢) المحيط البرهاني، كتاب الغصب، الفصل الخامس ٨: ٣٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

حصّته وإن لم يملكه. فإن باعه أو وهبه بقدر حصّته، جاز للآخذ الانتفاع به. أمّا إذا باع أو وهب بعد استنفاد حصّته من الحلال، فيدخلُ في الصّورة الثّانية الّتي كلُّ المخلوط فيها مغصوب، ولايحلّ له الانتفاعُ به، ولاللّذي يشتري أو يتّهب منه حتّى يؤدّيَ البدلَ إلى المغصوب منه.

فأمّا إذا لم يعلم الآخذُ منه كم حصّة الحلال في المخلوط، يعمل بغلبة الظّنّ، فإن غلب على ظنّه أنّ قدرَ مايتعامل به حلالٌ عنده، فلابأس بالتّعامل، كما سيأتي في الصّورة الرّابعة. وبما أنّه قد يتعسّر معرفة قدر الحلال في المال المخلوط، أو معرفةُ أنّ الغاصب استنفد ما فيه من الحلال، فلا شكّ أنّ الورعَ الاجتناب إلّا إذا كان الغالبُ فيه حلالاً، ولكنّه من باب الورع، لا الفتوى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٩٩- الصّورة الرابعة: أنّ المال مركّبٌ من الحلال والحرام، ولايُعرف أنّ الحلال مميَّزٌ من الحرام أو مخلوطٌ غير مميَّز. وإن كان مخلوطاً فكم حصّةُ الحلال فيه.

والأولى في هذه الصّورة التنزّه، ولكن يجوز للآخذ أن يأخذ منه بعضَ ماله هبةً أو شراءً، لأنّ الأصلَ الإباحة. وينبغي أن يُقيَّد ذلك بأن يغلب على ظنّ الآخذ أنّ الحلالَ فيه بقدر ما يأخذه أو أكثرُ منه. وهو مَحْمِل ما جاء في العبارات الآتية:

١- قال الإمام محمّد رحمه الله تعالى في كتاب الآثار: "أخبرنا أبوحنيفة، قال: حدثنا محمّد بن قيس أنّ أبا العوجاء العشّارَ كان صديقاً لمسروق، فكان يدعوه، فيأكلُ من طعامه ويشرَب من شرابه، ولايسأله." قال محمّد: وبه نأخذ، ولابأس بذلك، مالم يعرف خَبيثاً بعينه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى."[1]

---

(١) كتاب الآثار، باب الدّعوة ص ١٩٩

٢- أخرج عبدالرزاق في مصنّفه عن الثوريّ عن سلمة بن كهيل عن زرّبن عبدالله عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال: "جاء إليه رجلٌ فقال: إنّ لي جاراً يأكل الرّبوا، وإنّه لايزال يدعوني، فقال: مَهْنَأُه لك وإثمُه عليه." قال سفيان: فإن عرفته بعينه، فلاتُصبه."

ودلّ قوله: "فإن عرفته بعينه، فلاتُصبه" وكذلك قول محمّد: "مالم يعرف خبيثاً بعينه" على أنّ حِلّ الأكل مفروضٌ فيما إذا لم يعرف أنّ الحلالَ مميّزٌ عن الحرام عنده، ولا نسبةَ حصّةِ الحلال في ماله. ولذلك لم يشترطا غلبةَ الحلال.

٣- أخرج عبدالرزّاق بطريق معمر عن أبي إسحاق، عن الزّبير بن عديّ، عن سلمانَ الفارسيّ رضي الله تعالى عنه قال: إذا كان لك صديقٌ عاملٌ أو جارٌ عاملٌ، أو ذوقرابةٍ عاملٌ، فأهدى لك هديّةً، أو دعاك إلى طعامٍ، فاقبَلْه، فإنّ مَهْنَأَه لك، وإثمُه عليه.

٤- قال عبدالرزّاق: أخبرنا معمر، عن منصور، قال: قلت لإبراهيم: عريفٌ لنا يَهْبِطُ، ويُصيب من الظّلم، فيدعوني، فلا أجيبه. قال: الشّيطانُ عرض بهذا ليُوقِعَ عداوةً، وقد كان العُمّالُ يهبطون[1] ويُصيبون، ثمّ يَدْعُون فيُجابُون."

٥- وأخرج بالطّريق نفسه عن منصور، قال: قلت لإبراهيم: نزلتُ بعامل، فنزّلني[2] وأجازني. قال: اقبل. قلتُ: فصاحبُ رباً؟ قال: اقبل مالم تأمُرْه[3] أو تُعينه."[4]

٦- جاء في الفتاوى الخانيّة: "وإذا مات عاملٌ من عُمّال السّلطان، وأوصى أن يُعطَى

---

(١) كذا في النّسخة المطبوعة لمصنّف عبد الرزّاق، ونقله ابن مفلح في "الآداب الشّرعيّة والمنح المرعيّة" ١: ٤٧١ بلفظ "يهمطون" ولعله أصحّ. ونقل عن الجوهريّ أنّ "الهمط: الظّلم والخبط".

(٢) هو بمعنى "أنزلني" من "أنزل الضّيف" أي أحلّه.

(٣) كذا في النّسخة المطبوعة من مصنف عبد الرزّاق. وحكاه ابن مفلح بلفظ: "اقبل مالم تره بعينه" (١: ٤٧١)

(٤) راجع لهذه الآثار مصنّف عبدالرزّاق، باب طعام الأمراء وآكل الربا، ٨: ١٥٠ و ١٥١ رقم ١٤٦٧٥ و١٤٦٧٧ و١٤٦٧٩ و ١٤٦٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

المختلطة للفقراء. قالوا: إذا كان ما أخذه من الناس مختلطاً بماله، لابأس به. وإن كان غير مختلط، لايجوز للفقراء أن يأخذوا إذا علموا أنه مال الغير. فإن كان ذلك الغير معلوماً ردّه عليه. وإن لم يعلم الآخذ أنه من ماله أو من مال غيره، فهو حلال حتى يتبيّن أنه حرام"[1]

وجواز الأخذ من المال المختلط في هذه الجزئية ليس لكون الآخذين فقراء، لأنه لو كان كذلك، لجاز لهم في حالة عدم الاختلاط أيضاً، لأنه واجب التصدق. وإنما ذُكر الفقراء هنا لكون المسئلة مفروضة فيما كانت الوصيّة لهم. ولادخل لفقرهم في جواز الأخذ من المال المخلوط.

٧- جاء في الهندية: "قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: اختلف الناس في أخذ الجائزة من السلطان. قال بعضهم: يجوز مالم يعلم أنه يُعطيه من حرام. قال محمد رحمه الله تعالى: وبه نأخذ ما لم نعرف شيئاً حراماً بعينه. وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأصحابه."[2]

٨- جاء في البزازية أنّ من لايحلّ له أخذ الصدقة فالأفضل له أن لايأخذ جائزة السلطان. ثمّ قال: "وكان العلامة بخوارزم لايأكل من طعامهم، ويأخذ جوائزهم. فقيل له فيه. فقال: تقديم الطعام يكون إباحة، والمباح له يتنفه على ملك المبيح، فيكون آكلاً طعام الظالم، والجائزة تمليك. فيتصرف في ملك نفسه."[3]

ومحمله على ما إذا لم يعلم أنّ الحلال أو الحرام عند السلطان مخلوط أو متميز، وإن كان مخلوطاً بالحلال، فكم حصته في المخلوط؟ ولذلك قبل الهدية، ولم يقبل طعام الدعوة تورّعاً واحتياطاً، لأنه يؤكل على ملكه. وما ذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى

---

(١) الفتاوى الخانية، أوائل كتاب الحظر والإباحة، بهامش الهندية ٣: ٤٠٠

(٢) الفتاوى الهندية، ٥: ٣٤٢ الحظر والإباحة، باب ١٢

(٣) البزازية، كتاب الزكوة، على هامش الهندية، ٤: ٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

من أنّ عملَه مبنيٌّ على أنّ الحرامَ لايتعدّى إلى ذمّتين، والتّحقيقُ خلافُه،[١] لايبدُو متّجهاً؛ لأنّه سمّاه طعامَ الظّالم، ولم يقل إنّه حرام.[٢] والله سبحانه وتعالى أعلم.

٥٠٠- القسم الرابع: غلّة المغصوب وأرباحه

القسم الرّابع من المال الخبيث أن يتصرّف الغاصبُ في المغصوب، فيستغلّه ويحصل على غلّة، مثل أن يغصب سيّارةً، فيؤجرَها ويحصّل منه على أجرة، أو يبيعَها فيربَح فيها، ثمّ يؤدّي الغاصبُ ضمانَ المغصوب، فمن يملك الغلّة أو الرّبح؟ فيه أقوال مختلفةٌ للفقهاء.

٥٠١- مذهب الحنابلة

فمذهبُ الحنابلة أنّ الرّبحَ يُردّ إلى المغصوب منه. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "لأنّه نماءُ مِلكه، فكان له، كما لو اشترى بعين المال، وهذا ظاهرُ المذهب، وإن حصل خُسرانٌ فهو على الغاصب." وعن أحمد رحمه الله تعالى أنّه يتصدّق به. وإن اشترى في ذمّته ثمّ نقد الأثمان، فقال أبو الخطّاب: يحتمل أن يكون الرّبحُ للغاصب."[٣]

وذكر العلامة ابن تيميّة رحمه الله تعالى أنّ هناك قولا ثالثاً في مذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى، وهو أنّ الرّبح يكون مشتركاً بين الغاصب والمغصوب منه. وجعله ابنُ تيميّة رحمه الله تعالى أحسن الأقوال وأقيسها، كما قضى به عمر رضي الله تعالى عنه[٤]، لأنّ النّماء متولّد من الأصلين.[٥]

---

(١) ردالمحتار، كتاب الزكوة ٥: ٥٣٠ فقره ٨١١٦
(٢) كذا في أحسن الفتاوى ٨: ٣٢٨ ويؤيده ما في الهندية: "لا ينبغي للنّاس أن يأكلوا من أطعمة الظلمة لتقبيح الأمر عليهم وزجرهم عما يرتكبون وإن كان يحل" (الهندية ٥: ٣٤٢، كتاب الكراهية، باب ١٢)
(٣) المغني لابن قدامة، كتاب الغصب ٥: ٤١٦
(٤) أي في قصة عبيدالله بن عمر، حيث جعل القرض قراضا
(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩: ١٠٢

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٠٢ - مذهب المالكيّة

وقال المالكيّة: الرِّبحُ والغلّةُ للغاصب. قال ابن رشد (الحفيد): "وأمّا ما اغتلّ منها بتصريفها وتحويل عينه، كالدّنانير فيغتصبها فيتّجر بها فيربح. فالغلّةُ له قولاً واحداً في المذهب."[1]

٥٠٣ - مذهب الشّافعيّة

أمّا الشّافعيّة، فلهم فيه قولان. جاء في شرح المهذّب: "فأمّا إذا غصب مالاً، فاتّجر به وربح فيه، ففي ربحه قولان: أحدهما، وهو قوله في القديم: أنّه لربّ المال، وهو مذهبُ مالك.[2] والقول الثّاني: أنّه للغاصب، وهو مذهب أبي حنيفة."[3]

٥٠٤ - مذهب الحنفيّة

ومذهبُ الحنفيّة أنّ الغاصب بعد أداء الضّمان يملكُ المغصوبَ ملكاً مستنداً إلى وقت الغصب، وليس عليه ردُّ الغلّة أو الرّبح على المغصوب منه. ولكن هل يحلّ له الانتفاع بهذه الغلّة أو الرّبح؟ فيه خلافٌ بين الفقهاء الحنفيّة. فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يطيب له الرّبحُ والغلّةُ بعد أداء الضّمان. وقال أبو حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى: لا يحلّ له الانتفاع به حتّى يرضي صاحبه، ويتصدّقُ بالفضل. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

---

(١) بداية المجتهد، كتاب الغصب ٢: ٣٢٠

(٢) جعله الحطّاب مشهور مذهبه في نعمة، وقول المدوّنة أنّه لا يردّ غلّة العبيد والدّوابّ، وقدمرّ عن بداية المجتهد أنّ ربح الدّنانير للغاصب قولاً واحداً (مواهب الجليل للحطّاب، كتاب الغصب ٥: ٢٨٢ و٢٨٣) وذكر الدّسوقيّ رحمه الله تعالى أنّ الغاصب لو اتّجر في المغصوب فالرّبح له، وبعضه: "لوصيّ المتّجر به بنفسه أولى ممّن غصب مالاً واتّجر فيه فربحه له." (حاشية الدسوقي ٣: ٤٦٥)

(٣) تكملة المجموع شرح المهذّب، كتاب الغصب ١٤: ٢٥٠

"ولو غصب أرضاً، فزرعها كُرّاً، فنقصتْها الزّراعةُ وأخرجَتْ ثلاثةَ أكرار، يغرَمُ النّقصان، ويأخذ رأسَ المال، ويتصدّق بالفضل. أمّا ضمانُ النّقصان، فلأنَّ الغاصبَ نقصَ الأرض بالزّراعة، وذلك إتلافٌ منه، والعقارُ مضمونٌ بالإتلاف بلا خلاف. وأمّا التّصدّقُ بالفضل، فلحصوله بسببٍ خبيث، وهي الزّراعةُ في أرض الغصب، وإن كان البذْر مِلكاً له، ويطيبُ له قدرُ النّقصان وقدرُ البذر، لما ذكرنا أنّ النّهي ورد عن الرّبح، وذا ليس بربح، فلم يحرم...

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب ألفاً، فاشترى جاريةً، فباعها بألفين، ثمّ اشترى بالألفين جاريةً، فباعها بثلاثة آلاف أنّه يتصدّق بجميع الرّبح في قولهما. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: لايلزمه التّصدّقُ بشيء، لأنّه ربحُ مضمونٍ مملوكٍ، لأنّه عند أداء الضّمان يملكُه مستنداً إلى وقت الغصب، ومجرّدُ الضّمان يكفي للطّيب، فكيف إذا اجتمع الضّمانُ والمِلك. وهما يقولان: الطّيب كما لايثبت بدون الضّمان، لايثبتُ بدون المِلك من طريق الأولى، وفي هذا المِلكِ شُبهة العدم على ما بيّنّا فيما تقدّم، فلا يُفيد الطّيب."

وقد ذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى وجه شبهة العدم فيما سبق بقوله:

"لأنّ الطّيبَ لايثبت إلاّ بالمِلك المطلق، وفي هذاالمِلك شبهةُ العدم، لأنّه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد، والمستند يظهر من وجه، ويقتصر على الحال من وجهٍ، فكان في وجوده من وقت الغصب شبهةُ العدم، فلا يثبتُ به الحِلّ والطّيب، ولأنّ المِلكَ من وجهٍ حصل بسبب محظور، أووقع محظوراً بابتدائه فلا يخلو من خبث."[1]

(١) بدائع الصنائع، كتاب الغصب ٦: ١٤٨ و ١٤٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكن ذكر الزّيلعيّ رحمه الله تعالى أنّه لو هلك المغصوبُ في يده، فضمّنه المالك، كان له أن يستعين بالغلّة في أداء الضّمان، لأنّ الخبث كان لأجل المالك، فإذا أخذه المالكُ لا يظهر الخبثُ في حقّه. ولهذا لو سلّم إلى المالك المغصوب والغلّة جميعاً حلّ له التّناول. فيزول الخبثُ بالتّسليم، وتبرأ ذمّته عن القيمة بقدره.[1]

والحاصلُ أنّه يجب على الغاصب أن يتصدّق بهذا الرّبح والغلّة على مذهب أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى. وهو المختار. ويجوز له أيضاً أن يسلّم الرّبح أو الغلّة إلى المغصوب منه كما مرّ عن الزّيلعيّ. ومثله في الفتاوى الهنديّة عن المحيط أنّ له الخيار بين أن يتصدّق أو يردّ الأجرة إلى المغصوب منه.[2]

ولْيُتنبّه أنّ المذكور هنا أنّ التّصدّق بالغلّة والرّبح واجب عليه، وهذا بخلاف القسم الثّاني، وهو ما أحدث فيه الغاصبُ صنعةً، ثمّ أدّى الضّمانَ إلى صاحبه، حيثُ ذكرنا هناك أنّ التّصدّق به مستحبّ، كما نقلنا هناك عن كتاب الآثار للإمام محمّد رحمه الله تعالى في حديث الشّاة المصليّة. ولعلّ الفرق أنّ سبب الملك في مسئلة الرّبح ليس إلّا الاستهلاك بالخلط. أمّا في القسم الثّاني، فلعمله وصنعته دخلٌ في تملّكه، فثبوتُ ملكه فيه أقوى. والخبثُ فيه أقلّ بعد أداء الضّمان، فالتّصدّقُ به لا يجب عليه، ولكن يُستحبّ. ولأنّ في صورة التّصدّق بالرّبح يُمكن الفصلُ بين الرّبح وأصل المغصوب، فيبقى له أصلُ المغصوب طيّباً مقابلَ الضّمان الّذي أدّاه، ويتصدّقُ بالرّبح فقط. أمّا في القسم الثّاني الّذي أحدث فيه الغاصب صنعةً، لايمكن الفصلُ بين أصل المغصوب

---

(١) تبيين الحقائق للزّيلعي، كتاب الغصب ٥: ٢٢٥

(٢) ونصّه: "كالغاصب إذا آجر وقبض الأجر يتصدّق أو يردّه إلى المغصوب منه." (الفتاوى الهنديّة، الباب التّاسع من الحظر والإباحة ٥: ٣٧٠)

www.besturdubooks.wordpress.com

وبين ما زاد فيه بصنعته. فلو تصدّق به، فإنّه يتصدّق بالكلّ، كما في الشّاة المصليّة. فلو حكمنا بوجوب هذا التّصدّق، لزم أن لايبقى عنده شيئ مقابلَ الضّمان الّذي أدّاه. ولذلك لايجب التّصدّق به، وإنّما يُستحبّ. هذا ما ظهر لي من الفرق بين القسمين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٥٠٥ـ صرف الرّبح في حاجة نفسه

و ذكر صاحبُ "الاختيار في شرح المختار" أنّه وإن وجب التّصدّقُ بالفضل، ولكن إن احتاج إليه، بأن لم يكن في ملكه ما يسدّ به حاجةَ نفقته ونفقة عياله، فصرَفه في حاجته بنيّة أنّه يتصدّق بمثله فيما بعدُ، جاز له ذلك. قال رحمه الله تعالى بعد بيان مذهب أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى في وجوب التّصدّق بالفضل:

"ولهما أنّه حصل بسببٍ خبيث، وهو التّصرّف في مِلك الغير، والفرع يحصّل على صفة الأصل، والملك الخبيثُ سبيلُه التّصدّقُ به، ولو صرَفه في حاجة نفسه جاز، ثمّ إن كان غنيّاً، تصدّقَ بمثله، وإن كان فقيراً لايتصدّق."[(١)]

ولكنّه مقيّدٌ بما إذا لم يكن عنده مالٌ آخرُ لدفع حاجته. قال صاحب الهداية:

"إلاّإذا كان لايجد غيرَه، لأنّه محتاجٌ إليه، وله أن يصرفَه إلى حاجة نفسه، فلو أصاب مالاً، تصدّق بمثله إن كان غنيّاً وقتَ الاستعمال. وإن كان فقيراً فلاشيئ عليه."[(٢)]

---

(١) الاختيار شرح المختار، ٣: ٦١ أوائل كتاب الغصب تحت قول الماتن: "تصدّقا بالفضل"

(٢) الهداية مع فتح القدير، كتاب الغصب ٨/ ٢٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلّله السّرخسيّ رحمه الله تعالى بقوله:

"وحاجتُه تُقدّم على حقّ الفقراء... وإنّما قلنا ذلك لأنّ حقّ الفقراء في هذا المال بمنزلة حقّهم في اللُّقطة على معنى أنّ له أن يتصدّق، وله أن يردّها على المالك إن شاء.[1] ثمّ المُلتقِطُ إذا كان محتاجاً، فله أن يصرف اللّقطةَ إلى حاجة نفسه، بخلاف ما إذا كان غنيّاً، فكذلك حكمُ هذه الغلّة."[2]

ثمّ إنّ مذهبَ الحنفيّة في اللّقطة أنّ الملتقِطَ إن كان غنيّاً، فإنّه لايحلّ له الانتفاعُ به لنفسه، ولكن يجوز له أن ينتفع به على سبيل القرض بإذن الإمام.[3] فإن أذن له الإمامُ جاز له الانتفاعُ به، ويصير قرضاً في ذمّته، يردُّه إلى الفقراء. فكذلك حكمُ الغلّة والرّبح، إن كان غاصبُ أصله فقيراً، جازله الانتفاع عند الحاجة بلا إذن الإمام، لاعلى سبيل القرض، وإن كان غنيّاً، يجوز له اقتراضُه بإذن الإمام.

---

(١) معناه أنّه إن لم يجد المالك بعد التعريف، فإنّه بالخيار إمّا أن يتصدّق بها، وإن شاء أمسكها ليردّها إلى مالكها متى وجد، وليس معناه أنّه بالخيار عند وجدان المالك.

(٢) المبسوط للسّرخسيّ، كتاب الغصب ١١: ٧٧

(٣) ردّالمحتار، كتاب اللقطة ١٣: ١٩٤ و١٩٥ فقره ٢٠٧٤٢ عن النّهر. وليُتنبه أنّ صاحب الهداية لم يذكر في الانتفاع بإذن الإمام أنّه يكون قرضاً على الملتقط الغنيّ، لأنّ ذلك مبنيّ على حكم الإمام في فصل مجتهد فيه، فإنّه ينفذ، كما ذكره صاحب العناية، فإن قضى الإمام بمذهب الشّافعيّ جاز الانتفاع للغنيّ دون أن يكون ذلك قرضاً. (وإن كان ذكر ذلك في الجواب عن قصّة أبيّ بن كعب رضي الله تعالى عنه فيه نظر قوي، كما أشار إليه جلبي رحمه الله تعالى في حاشيته على العناية ٥: ٣٥٩) أمّا إذا لم يقض بمذهب الشّافعيّ رحمه الله تعالى، فإنّما يأذن بصفته وليّاً للفقراء، فلايكون إلاّ إذناً بالاقتراض. وبما أنّ صاحب الهداية نفسه لم يُعلّل جواز إذن الإمام بكونه مجتهداً فيه، فإمّا أن يكون جائزاًعنده أن يأذن الإمام للغنيّ بالانتفاع بولايته العامّة، أو المراد من "الإذن إذن الانتفاع بطريق الإقراض، كما في غيره من الكتب. والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

والرّجوع في هذا الأمر إلى إمام عادلٍ شبهُ المتعذّر في زماننا، وذلك إمّا لعدم إمامٍ يحكُم بالشّريعة، أو لتعذّر رفع مثل هذه القضايا إليه. وحينئذٍ يظهر لي - والله سبحانه وتعالى أعلم - أنّه يسوغُ للمفتي بعد النّظر في أحوال المستفتي أن يُفتيَه بصرّف ذلك المال في حاجة نفسه بطريق الاقتراض، والإلزام على نفسه أن يتصدّق بمثله، ولو في أقساط، متى وجد لذلك سعة، وبأن يلتمس كسباً حلالاً في أقرب وقت، وذلك للعمل بأهون البليّتين. وقد ذكر الفقهاء في عدّة مسائل أنّه إن لم يوجد قاضٍ عادل، يجوز رفعُ الأمر إلى جماعةٍ من المسلمين المؤتمنين، وذلك في مثل فسخ نكاح المفقود والعنّين والمتعنّت، فإنّه يُشترط له في الأصل أن يقع الفسخُ من القاضي. ولكن ذكر المالكيّةُ أنّه يقومُ مقامه جماعةٌ من المسلمين.[1] وقد أخذ به الفقهاء المتأخرون من الحنفيّة أيضاً.[2] بل صرّح الدّسوقيّ رحمه الله تعالى بأنّ هذا الحكم عامٌّ في جميع الأمور. قال رحمه الله تعالى:

"إعلم أنّ جماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم في ذلك وفي كلّ أمر يتعذّر الوصولُ فيه إلى الحاكم أو لكونه غيرَ عدلٍ."[3]

وكذلك الحنفيّة لم يجوّزوا في الأصل استبدالَ الوقف المعطّل إلاّ بإذن القاضي، ولكن لمّا رأوا عدوانَ القُضاة أقاموا متوليَ الوقف مقامه. وذكر ابنُ عابدين عن الرّمليّ رحمهما الله تعالى اتفاقَ المشايخ المتأخرين على أنّ الأفضل لأهل المسجد

---

(١) وقد ذكرت نصوصهم في بحثي بعنوان "فسخ نكاح المسلمات" (بحوث في قضايا فقهيّة معاصرة ٢: ١٧٦ إلى ١٧٩)

(٢) راجع له كتاب "الحيلة النّاجزة للحليلة العاجزة" للإمام أشرف عليّ التهانويّ رحمه الله تعالى

(٣) حاشية الدّسوقيّ على شرح مختصر خليل، باب النّفقة ٢: ٥١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

أن ينصبوا متولّياً، ولايُعلِموا القاضيَ في زماننا، لِما عُلم من طمع القُضاة في أمور الأوقاف. صرّح به في التّتار خانيّة وغيرها في كثيرٍ من كتب المذهب."[1]

فالظّاهر من أحوال زماننا أن يوكّلَ هذا الأمرُ إلى المفتي المتورّع، والله سبحانه وتعالى أعلم. وهذا كُلّه للنّجاة من الحرام في المستقبل. أمّا إثم ارتكابه الحرامَ في الماضي، فلا بدّ له من توبة.

وكثيراً ما يقع في زماننا أنّ ما كسبه المرأ مدى سنين طويلةٍ كلّه حرامٌ عن طريق الرّبا أو الرّشوة وغيرها من التّعاملات المحظورة، ولا سبيلَ إلى ردّ تلك الأموال إلى أصحابها، فوجب عليه التّصدّق بها، ثمّ يوفّقه الله سبحانه وتعالى أن يتوبَ عن الكسب الحرام، ولكن ليس عنده مالٌ سواه ليسُدّ به حاجته وحاجةَ عياله. فيحتمل أن يُعتبرَ ذلك المرأ فقيراً من حيثُ إنّه لايملك من المال الحلال شيئاً، وما في يده ليس مملوكاً له شرعاً، فتجري عليه أحكام الفقراء في هذه المسئلة،[2] فيجوز له أن يصرفَ ذلك المالَ في حاجة نفسه إلى أن يملك نصابَ الزّكوة من مالٍ حلال. ومقتضى ذلك أن ما يصرفه قبل أن يملكَ النّصابَ من المال الحلال لا يجب عليه التّصدق به بعد ما صار غنيّا، ولكن يُستحبّ له ذلك، لأنّ الحكمَ بفقره إنّما جاء من قِبَلِ وقوعه في معصية كسب

---

(١) منحة الخالق على البحر الرائق، كتاب الوقف ٥: ٣٤٥

(٢) ذكر صاحب الهداية فيما إذا أخذ سلطانٌ جائر الزّكوة وعُرف منه أنّه لايصرفها في مصارفها الشّرعيّة، أنّ الأحوط أن يُعيد أداء الزّكوة إلى الفقراء، ولكن هناك قولٌ أنّه إذا نوى بالدّفع التّصدّق عليهم سقط عنه، وكذا الدّفعُ إلى كلّ جائر، لأنّهم بما عليهم من التّبعات فقراء." وذكر ابن الهمام رحمه الله تعالى عن المبسوط أنّ الزّكوةَ تسقط بالأداء إليهم لهذا السبب. (فتح القدير، كتاب الزّكوة ٢: ١٥٠ و ١٥١

www.besturdubooks.wordpress.com

الحرام، فينبغي أن يحتاط في الأمر، كما يُستحسن له أن يودعَ هذا الكسبَ الحرام عند عالم مأمون، ويأخذَ منه بقدر حاجته، لئلاّ يتعدّى في صَرفه مواضعَ الحاجة الحقيقيّة. فإذا ملكَ النّصابَ وصار غنياً شرعاً، ولايكفي النّصابُ لحاجته وحاجة عياله، فحينئذٍ يجوز له الاقتراضُ ممّا عنده من المال المكتسَب بطريق الحرام بشرط أن يلتزم أداءَ مثله إلى الفقراء.

ثمّ إنّ هذا الحكمَ من حلّ الانتفاع للفقير لحاجته، وجواز اقتراضه للغنيّ بإذن الإمام، مختصٌ بالملك الخبيث الّذي وجبَ التّصدّقُ به. أمّا المغصوبُ الّذي وجب ردُّه أو ردُّ بدله إلى المالك الأصليّ، فلا يجوزُ له أن يصرفَه في حاجة نفسه قبل أداء بدله، ولو كان بنيّة أداء بدله إلى المالك فيما بعد. والفرقُ بينهما أنّ ما وجبَ التّصدّقُ به لايتعلّق به مطالبةُ أحدٍ بعينه، وإنّما يتعلّق به حقُّ الفقراء دون تعيين، وهذا بخلاف الملك الخبيث الّذي وجب ردُّ بدله إلى مالكه الأصليّ، فإنّ له مُطالِباً معيّناً، فلا يجوز التّأخيرُ في أداء حقّه إلاّ برضاه، وإن كان الغاصبُ فقيراً.

ولكنّ الظّاهر أنّه إن لم يُعرف المالكُ الأصليّ، وانتقلت الفريضةُ من ردّ العين إلى التّصدّق على الفقراء، فيكون حكمُه حكمَ الغلّة والرّبح، حيثُ يجوز الانتفاعُ به للفقير عند الحاجة، ولايجوز للغنيّ إلاّ بطريق الاقتراض بإذن الإمام وأداءِ مثله إلى الفقراء.

وبالتّالي: فإنّ جوازَ صَرف الفقير في حاجة نفسه يتفرّع عليه أنّه إن باعَه أو وهبه إلى آخر، جاز للمشتري والموهوبِ له الأخذُ منه، وحلّ له الانتفاعُ به. وكذلك لو اقترضه الغنيُّ بإذن الإمام، أو بفتوى مُفتٍ كما قدّمنا، جاز لمن يتعامل معه ببيعٍ أو شراءٍ أو هبةٍ أن ينتفعَ به بلاكراهة. أمّا إذا لم يأذن له الإمام بذلك، فينبغي أن لايجوزَ قبولُ الهبة

www.besturdubooks.wordpress.com

منه. أمّا البيع أو الشراء، فيتأتّى فيه التفصيلُ الّذي ذكرناه في القسم الأوّل من المال الحرام، والله سبحانه أعلم

٥٠٦- القسم الخامس: المال المقبوض ببيع فاسد

والقسم الخامس من المال الخبيث ما قبضه المتبايعان في بيع فاسد. وإنّ هذا القسمَ مقتصرٌ على قول الحنفيّة الّذين يفرّقون بين البيع الباطل والفاسد. أمّا غيرُهم من الأئمّة، فلايفرّقون بينهما، فلاداعي عندهم لاستقلاله بالذكر في هذا السياق.

أمّا عند الحنفيّة، فهو قسمٌ مستقلٌّ؛ لأنّ المشتري في البيع الفاسد يملك المبيعَ عندهم بالقبض ملكاً خبيثاً، وينفذ فيه تصرّفاتُه، ويثبت له أحكام الملك، بأنّه لو باعه كان الثمنُ له. وإنّما نفّذ الحنفيّةُ هذه التصرفات مع كونها غيرَ جائزةٍ للمشتري، لأنّه مالكٌ للمبيع، ولو بملكٍ خبيث، وكذلك البائعُ يملك الثمنَ الّذي قبضه من المشتري.

٥٠٧- حكم المشتري في البيع الفاسد

ولكن هناك فرقٌ في حكم تصرّف المشتري في المبيع، وتصرّف البائع في الثمن. فإنّ المشتريَ إن باع إلى ثالثٍ مااشتراه شراءً فاسداً، لاينقض ذلك البيعُ، لأنّه تعلّق به حقُّ العبد وهو المشتري منه، ولكن لايطيبُ له ماربح فيه، بل يجبُ عليه أن يتصدّق به. مثاله: لو اشترى ثوباً بألفٍ شراءً فاسداً وقبضه، ثمّ باع ذلك الثوبَ بألفٍ ومائتين، فلا يطيبُ له مائتان، بل يجب عليه أن يتصدّق بهما. ولكن بما أنّ هاتين المائتين مخلوطةٌ بألفٍ حلال، فإنّها داخلةٌ في القسم الثالث. فلو اشترى بها طعاماً، طاب له ذلك الطّعام، إلاّ إذا استنفد الألف، وما بقيت عنده إلاّ مائتان. فلايجوز له أن يشتريَ

www.besturdubooks.wordpress.com

بها شيئاً، بل يتصدّقُ بها. ولكن لو اشترى بها شيئاً كالطّعام، فالظّاهرُ أنّه ينفذ الشّراءُ، ويملكُ الطّعامَ لكون المائتين مملوكةً له بالخلط. ولو كان مِلكُه فيهما غيرَ طيّب. و يجوز له تناولُه بشرط أن يلتزم بتصدّق المائتين، لبقاء وجوب التصدّق عليه. ويجري عليه أحكام القسم الرابع، وهو غلّةُ المغصوب وأرباحه.

أمّا الّذي باع إليه ذلك الطّعام، فإن باعها بالمائتين المخلوطتين بألف، جرت في حقّه الأحكامُ الّتي ذكرناها في الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث، (وهو الحرامُ المخلوط بمال نفسه) بمعنى أنّه يجوز لبائعه أن يبيع إليه شيئاً بالمائتين، ويقبضَها ثمناً، فيطيبُ له الانتفاعُ بها، وكذلك لو وهب مائتين لأحدٍ، جاز للموهوب له الانتفاعُ بها. أمّا إذا استنفدَ الألفَ، ولم تبق عنده إلاّ مائتان، فلم أرَ حكمَه صريحاً، ولكنّ الّذي يظهر أنّ النّقود غيرُ متعيّنة في المعاوضات، فإنّه يجوزُ للبائع أن يبيعَ إليه شيئاً، ويقبض المائتين ثمناً، لأنّ الوجوب على المشتري انتقل إلى التّصدّق. أمّا قبولُ الهبة من المائتين لا ينبغي أن يجوز لمن يعرف أنّ الواهب يجب عليه التّصدّق بهما، لأنّ النّقود في الهبة تتعيّن، فوقعت الهبةُ بعين ما وجب تصدّقُه على الواهب. هذا ما ظهر لي، والله سبحانه أعلم.

٥٠٨ - حكم البائع في البيع الفاسد

أمّا البائعُ إذا قبض الثّمنَ في البيع الفاسد، فإنّه يجبُ عليه ردُّه إلى المشتري، ولكن إن اشترى به شيئاً، فإنّه يطيب له ربحه، لأنّ الثّمنَ الّذي اشترى به ذلك الشّيءَ غيرُ متعيّن،[1] حتّى لو أشار وقتَ العقد إلى النّقود التي قبضها ببيع فاسد، فإنّ له أن يدفع غيرَها، فلاتصحّ نسبةُ شراء ذلك الشّيء إلى ما قبض من الثّمن ببيع فاسد.

---

(١) وقد حقّقناه في مبحث تعيّن النّقود.

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ نفاذَ هذا الشّراء لا يُخلّصه من وجوب فسخ العقد الفاسد، وردّ الثّمن أو مثله إن أمكن، ومن وجوب التّصدّق بما ربح بالعقد الفاسد إن لم يُمكن الفسخ. مثاله: اشترى ثوباً شراءً صحيحاً بمائة، ثمّ باعه بيعاً فاسداً بمائة وعشر، فالواجبُ عليه أن يفسُخ البيع ويردّ الثّمن، ولكن لو قبض مائة وعشرة من المشتري، واشترى بها حذاءً، صحّ هذا الشّراء، وملكَ الحذاءَ ملكاً صحيحاً. ولو كان قد أشار وقتَ العقد إلى تلك المائة والعشر بعينها، لأنّ النّقود غيرُ متعيّنة في المعاوضات. فإن كان الثّوبُ قائماً بيد المشتري في البيع الأوّل الفاسد، وجب عليه أن يفسَخ بيعَ الثّوب، ويردّ الثّمنَ إلى المشتري الأوّل. أمّا إذا امتنع ردُّ الثّمن لسبب من الأسباب، مثل أن يكون المشتري قد غاب، فوجب عليه أن يتصدّق بالعشرة الّتي ربحها في بيع الثّوب الفاسد.

٥٠٩ــ خلاصة البحث

ويتلخّص من البحث السّابق ما يأتي:

١- المالُ المغصوب، وما في حكمه مثلُ ما قبضه الإنسان رشوةً أوسرقةً أوبعقد باطل شرعاً، لايحلّ له الانتفاعُ به، ولابيعُه وهبتُه، ولايجوز لأحدٍ يعلم ذلك أن يأخذه منه شراءً أو هبةً أو إرثاً. ويجبُ عليه أن يردّه إلى مالكه، فإن تعذّر ذلك وجب عليه أن يتصدّق به عنه. وإن كان المالُ نقداً، واشترى به شيئاً بالرّغم من عدم الجواز، فإن اشترى بعين المال الحرام، فلا يجوزُ الانتفاعُ بما اشتراه حتّى يؤدّيَ بدله إلى صاحبه. وهذا القدرُ متّفقٌ عليه بين الفقهاء، إلاّ ماروُي عن ابن مُزَيْن من المالكيّة، وهو قولٌ مرجوح. أمّا إذا اشترى شيئاً بثمنٍ في ذمّته، ثمّ نقدَ الثّمن من الحرام، فهناك أقوالٌ في مذاهب الأئمّة الأربعة أنّه جاز الانتفاعُ بالمشترَى، وجاز الشّراءُ وقبولُ الهديّة منه.

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ الرّاجح أنّه لايجوز إلّا بعد أداء البدل إلى المالك، أو بعد التّصدّق عنه إن تعذّر أداء البدل إليه. فإن أدّى البدلَ أو تصدّق بمثله، جاز له الانتفاع، وجاز لآخر أن يأخذه منه هبةً أو شراءً أو إرثاً.

٢- الغلّة والرّبح الّذي حصل للغاصب أو كاسب الحرام قبل أداء بدله إلى المالك، أو قبل التّصدّق لايطيب له الانتفاع به حتّى يؤدّي بدله. فإن أدّى البدل، فإنّ الرّاجح في مذهب الحنابلة أنّه ملكٌ للمغصوب منه. فيردّه (أي الربح والغلّة) مع بدل المغصوب إلى مالكه، وهو قولٌ في مذهب المالكيّة والشّافعيّة. والحنفيّةُ على أنّه مملوكٌ للغاصب، وهو قولُ الشّافعيّ رحمه الله في الجديد، ومذهبٌ معتمد عند المالكيّة، على تفصيلٍ عندهم، ولكن صرّح الحنفيّة أنّه خبيثٌ قبل أداء البدل. فإن أدّى البدل انقلب الرّبحُ جائزاً عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولايَنقلبُ طيّباً عند أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى بعد أداء البدل، فله الخيار بين أن يتصدّق به، أو يردّه إلى مالكه.

٣- إن خلط الغاصبُ المغصوبات من عدّة أشخاص بعضها ببعض، والكلُّ حرام، فإنّ حكمَها عند الأئمّة الثّلاثة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى حكمُ مغصوب واحد. فملكُ أصحابها قائمٌ فيها وهم شركاء. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إنّ المالكَ يملكُها ملكاً خبيثاً ويضمَنُها لأصحابها، فلا يحلّ له الانتفاعُ بها إلّا بعد أداء بدلها. ولايجوز له أن يبيعَها إلى أحدٍ قبل أداء البدل. ولايجوز لأحدٍ أن يشتريَ منه إذا علم ذلك. ولكن إن اشترى أحدٌ نفذ البيعُ، ولم يجز للمشتري الانتفاعُ بها حتّى يصل الضّمانُ إلى المغصوب منه.

www.besturdubooks.wordpress.com

٤- إن خلط الغاصبُ المالَ المغصوب أو الحرام بمال نفسه الحلال، فالصّحيحُ في مذهب الحنفيّة أنّه يجوز له الانتفاعُ من المخلوط بقدر حصّته فيه، وكذلك يجوز للآخذ منه هبةً أو شراءً أو إرثاً أن ينتفعَ به بذلك القدر. وهو قولُ الحنابلة، غير أنّهم قالوا: إن كان الحلالُ قليلاً، فالورَعُ أن يجتنب عنه ويتصدّق بالكلّ. وهو قول الشّافعيّة، غير أنّهم قالوا: إن كان الحلالُ قليلاً نادراً، فالواجبُ أن يتصدّق بالكلّ. وعند المالكيّة فيه ثلاثةُ أقوال: الأوّل: أنّه لايحلّ له الانتفاعُ به، قليلاً كان أو كثيراً. ولايجوز لأحدٍ أن يشتريَ منه أو يقبلَ هديّته. وهو قول أصبغ. والثّاني: أنّه مكروه. وهو قول ابن وهب. والثّالث: أنّه إن كان الحلالُ غالباً، جاز الانتفاعُ به بقدر ما فيه من الحلال. وإن كان الغالبُ حراماً، لايجوز. ولكن إن اشترى بقدر الحلال سلعةً، جاز لآخرَ أن يشتريَ منه تلك السّلعة. وهو قول ابن القاسم رحمه الله تعالى.

٥- إن لم يُعرف في المخلوط من الحلال والحرام أنّهما متميّزان أو مختلطان، وكم حصّةُ الحلال في المخلوط؟ فالأولى التّنزّه، ولكن يجوزُ التّعامل بذلك المخلوط إذا غلب على الظّنّ أنّ المتعاملَ به لايتجاوز قدرَ الحلال.

٦- إن عمِل الغاصبُ في المغصوب عملاً تغيّر به المغصوب. مثل ما إذا كان شاةً فذبحها وشواها، فمذهبُ الشّافعيّة والحنابلة أنّه يجب عليه أن يردّ المغصوب كما هو بعد التّغيير، فإن نقص ذلك من قيمته ضمن النّقصان أيضاً، وإن زاد، فالزّيادةُ للمغصوب منه. ومذهبُ الحنفيّة أنّ الغاصب قد ملك المغصوب بالتّغيير ملكاً خبيثاً، فوجب عليه ضمانُه، وهو الظّاهرُ من مذهب المالكيّة. ولايحلّ له الانتفاعُ به عند الحنفيّة قبل أداء الضّمان. وإن أدّى الضّمانَ فالأحبُّ أن يتصدّق به.

www.besturdubooks.wordpress.com

٧ - ما وجب التّصدّقُ به لكاسب الحرام، واحتاج إليه لنفقته ونفقة عياله، يجوز صرفُه إلى نفسه، فإن كان فقيراً، لايجب عليه التّصدّقُ بمثله، وإن كان غنيّاً، ولم يكن المالُ الحلالُ كافياً لسدّ حاجته، يسوغُ للمفتي بعد النّظر في أحواله أن يُفتيه بجواز الاقتراض ممّن عنده من المال الحرام بشرط أن يُلزم نفسه تسديدَ هذا القرض إلى الفقراء من المال الحلال كلّما تيسّر له ذلك، فيجب عليه أن يتصدّق بمثله.

٨- ما قبضه المشتري بالبيع الفاسد لايجوز له الانتفاعُ به، و لوباعه إلى ثالث، يُكره للثّالث شراؤُه، ولكنّه يملكه مِلكاً صحيحاً عند الحنفيّة، فيجوز له الانتفاعُ به، وكذلك لمن يشتريه أو يتّهبه منه. ولئن ربح المشتري الأوّلُ بهذا البيع الثّاني، فلايطيبُ له الرّبح، ويتصدّق به. أمّا البائعُ في البيع الأوّل الفاسد لو اشترى شيئاً بالثّمن المقبوض بالبيع الفاسد، يصحّ هذا الشّراءُ الثّاني، ويملكُ ما اشتراه. ثمّ إن باعه إلى أحدٍ وربح فيه، فإنّه يطيبُ له الرّبحُ بناءً على أنّ النّقودَ لاتتعيّن في المعاوضات، فلاينسب الشّراءُ إلى ثمن البيع الفاسد.

٥١٠ - تطبيقات معاصرة

وبعد تقرير هذه المبادئ، نريد أن نذكر بعض تطبيقاتها على فروعٍ يكثر وقوعُها في زماننا، والله سبحانه وتعالى هو الموفّق للصّواب.

١- التّاجر الّذي تتمحّض تجارتُه في البيوع الباطلة شرعاً، مثلُ بائع الخمر أو الخنزير، تنطبق على ماله أحكامُ القسم الأوّل من المال الحرام. فلا يجوز قبولُ الهديّة منه، ولاإجابةُ دعوته، ولا شراءُ شيءٍ منه، ولا بيعُ شيءٍ إليه، ولاعقدُ الإجارة معه. لأنّ كلّ ماله حرام. وإن أهدى هديّةً، فإنّها تُصرف في وجوه البرّ.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥١١- حكم الفنادق والمطاعم الّتي تُباع فيها الخمور

أمّا الفنادقُ والمطاعمُ والخطوط الجويّةُ الّتي تُباعُ فيها الخمور والأشياء المحرّمة، فالأحسنُ لمسلم متديّن أن يجتنب عن التّعامل معها مهما وجد لذلك سبيلا، وذلك لئلاّ يكونَ منه تشجيعٌ لمن يتعاطَون المحرّمات، وليُظهر نفرتَه من ذلك. ولكنّ أموالَها تدخلُ في الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث، وهو المختلط من الحلال والحرام. وحكمُها أنه يسعُ التّعاملُ معها في الأغذية المباحة بيعاً وشراءً واتّهاباً بقدر ما فيها من الحلال. وإن كان لايُعرفُ قدرُ الحلال، فهو داخلٌ في الصّورة الرّابعة من القسم الثّالث، وحكمُه أنّه يسعُ التّعاملُ معها إن لم يغلب على الظّنّ أنّه فوقَ قدر الحلال.

أمّا قبولُ الوظائف في مثل هذه الفنادق والمطاعم، فإن كانت الوظيفةُ متمحّضةً لخدمةٍ مباحة، فهي جائزة، وتجري على راتبها حكمُ المال الحلال. وإن كانت متمحّضةً للحرام، مثل بيع الخمر، فهي حرام، وراتبُها حرام.

وأمّا الوظائف المركّبةُ من الخدمات المباحة والخدمات المحظورة، فلا يجوز قبولُها لاشتمالها على عملٍ محرّم. ولكن إن قبِل أحدٌ مثلَ هذه الوظيفة، فما حكمُ الرّاتب الّذي أخذه عليها؟ لم أجدْ فيها نقلاً في كلام الفقهاء، إلاّ ما ذكره ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

"قال (أي للأجير: استأجرتك) لتَحْمِلَ لي هذه الصُّبرة والّتي في البيت بعشرة...فإن كانا يعلمان الّتي في البيت لكنّها مغصوبة، أو امتنع تصحيحُ العقد فيها لمانعٍ اختصّ بها، بطل العقدُ فيها، وفي صحّة الأخرى وجهان بناءً على تفريق الصّفقة، إلاّ أنّهما إن كانت قفزانُهما معلومةً، أو قدرُأحدهما معلومٌ من الأخرى، فالأولى صحّتُه، لأنّ قِسط الأجر فيها معلوم. وإن لم يكن كذلك، فالأولى بُطلانه لجهالة العوض فيها."[١]

---

(١) المغني لابن قدامة، كتاب الإجارات ٦: ٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

والحاصلُ أنّ الإجارةَ في الخدمة المُباحة إنّما تصحّ إذا كانت أجرتُها معلومةً بانفرادها. ولاتصحّ فيما إذا لم تكن أجرتُها معلومة. فإن كان كذلك في خدمات الفنادق والمطاعم والبنوك وشركات التّأمين، صارت أجرةُ الموظّف فيها مركّبةً من الحلال والحرام. فدخلت في الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث، وحلّ التّعاملُ معه بقدر الحلال. أمّا إذالم تُعرف أجرةُ الخدمة المباحة على حدتها، فالإجارةُ فاسدة، ولكنّ الأجير يستحقّ أجرَ المثل في الإجارات الفاسدة، كما صرّح به ابنُ قدامة رحمه الله تعالى بذلك في إجارات فاسدة أخرى.[1] وعلى هذا، فإنّ ما يُقابلُ أجرَ المثل للخدمة المباحة في راتبه ينبغي أن يكون حلالاً. فصار راتبُه مخلوطاً من الحلال والحرام في هذه الصّورة أيضاً. فينبغي أن يجوز معه التّعاملُ بقدر الحلال.

ولكن لايجوز شراءُ أسهم تلك الفنادق والمطاعم والخطوط الجويّة، لأنّ السّهمَ عبارةٌ عن حصّةٍ شائعةٍ في جميع موجوداتها، فالسّهمُ يُمثّلُ حصّةً من هذه الأشياء المحرّمة، فلايجوز لمسلم أن يتملّك هذه الحصّة، ولأنّ حاملَ السّهم يُشاركُها في نشاطاتها التّجاريّة وأرباحها، ومنها جزءٌ كبيرٌ محرّم. وكذلك لايجوزُ بيعُ أسهُمها لما ذكرنا، غير أنّ بعض المعاصرين أجازوا شراء أسهمها إن كانت نسبة المحظورات فيها قليلة تابعة غير مقصودة، ولاتتجاوز خمسة في المائة من إيراداتها المباحة، وبشرط أن يتصدق مالك السهم تلك النسبة من أرباح تلك الأسهم.[2]

ومن تملّك سهماً منالأسهم المحرمة، ثمّ وفّقه الله تعالى للتّوبة: فسبيلُ الخلاص منه

---

(١) المغني ٦: ٩و٦: ١٢

(٢) المعيار الشرعي رقم ٢١ بشأن الأوراق المالية، ٤/٤/٣ من المعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

www.besturdubooks.wordpress.com

مشكلٌ جداً. ولعلَّ سبيلَ الخلاص منه أن يبيع تلك الأسهم إلى غير مسلم بثمنٍ يُعادل قيمةَ الحصة المُشاعة من الموجودات الثابتة الحلال في ذلك السّهم، مثل البناء والسّيّارات والمفروشات والأدوات غير المتمحّضة للعمليّات المحرّمة.

٢- وكذلك من كان كسبُه متمحّضاً من أخذ الرّبوا، فإنّه داخل في هذا القسم. وقد يُشكِل عليه أنّ الفقهاء الحنفيّةَ جعلوا العقودَ الرّبويّة نوعاً من العقود الفاسدة. فقد نقل ابنُ نُجيم عن البزدويّ رحمهما الله تعالى، قال:

"من جُملة صُوَر البيع الفاسد جُملةُ العقود الرّبويّة، يُملَك العوضُ فيها بالقبض."[١]

وفرّعوا على العقود الرّبويّة تفريعاتٍ كثيرةً على أساس أنّه بيعٌ فاسد.

وكذلك قال ابن تيميّة رحمه الله تعالى:

"والقبض الّذي لا يُفيد الملكَ هو الظّلم المحض. فأمّا المقبوض بعقد فاسد، كالربوا والميسر ونحوهما، فهل يُفيد المِلك؟ على ثلاثة أقوال للفقهاء. أحدها أنّه يُفيد المِلك، وهو مذهب أبي حنيفة. والثّاني: لا يُفيده. وهو مذهب الشّافعيّ وأحمد في المعروف من مذهبه. والثّالث: أنّه إن فات، أفاد الملك، وإن أمكن ردُّه إلى مالكه، ولم يتغيّر في وصف، ولا سعر، لم يُفد الملك. وهو المحكيّ عن مذهب مالك."[٢]

ولكنّ الظّاهر أنّ ما ذكروه من إفادة الملك في العقود الربويّة إنّما يتعلّق بربا الفضل وربا النّسيئة في البيوع الّتي حرّمها رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم بالأحاديث

---

(١) البحر الرائق، باب الربوا ٦: ٢٠٩ وردّ المحتار ١٥: ٢٢١ فقره ٢٤٣١٥

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩: ١٨٠ قبيل باب الشّروط في البيع

www.besturdubooks.wordpress.com

المعروفة. أمّا ربا القرض الّذى كان أهل الجاهليّة يتعارفونه، والّذى حرّمه القرآن الكريم، فلا يدخل فى البيع الفاسد، وإنّما هو باطلٌ شرعاً. وذلك لأنّ البيع الفاسد من جملة أقسام البيع، وقد تجرى عليه بعضُ أحكام البيع فى بعض الأحوال عند الحنفيّة، مثل أنّ المشتريَ يملكه بالقبض. أمّا ربا القرض فليس بيعاً. قال الله سبحانه وتعالى:

"ذٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا [البقرة: ٢٧٥]

ففرّق بين البيع والرّبا فرقاً واضحاً. فلا يُمكن أن يُعتبر الرّبوا بهذا المعنى من جملة أقسام البيع.

أمّا ما قاله الجصّاص رحمه الله تعالى: "فأبطل الله تعالى الرّبا الّذي كانوا يتعاملون به وأبطل ضروباً أخر من البياعات، وسمّاها رباً، فانتظم قوله تعالى: "وحرّم الرّبا" تحريمَ جميعها لشمول الاسم عليها من طريق الشّرع."[١] فالظّاهر أنّ المقصود منه أنّ التّحريم يشمل جميع أنواع البياعات أيضاً، لأنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم سمّاها رباً. وليس المراد أنّ ربا القرض يدخل فى أقسام البيع. وذلك لأنّ الجصّاص رحمه الله تعالى قال بنفسه بعد ذلك (فى باب البيع):

"فمن الرّبوا ما هو بيع، ومنه ما ليس ببيع. وهو ربا أهل الجاهليّة وهو القرض المشروط فيه الأجل وزيادةُ مالٍ على المستقرض."[٢]

فتبيّن بذلك أنّ ربا القرض لايدخل فى أقسام البيع الفاسد، وإنّما هو حرامٌ محضٌ،

(١) أحكام القرآن للجصاص ١: ٤٦٥

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١: ٤٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

مثلُ الغصب والرّشوة. ولذلك ذكره الفقهاء مقروناً بالمكاسب المحرّمة.[١]

فما أخذه المرابي زيادةً على القرض فهو في حكم الغصب والرّشوة، ومن كان مالُه متمحّضاً من الرِّبا، لايجوز قبولُ الهديّة منه ولا إجابةُ دعوته ولا عقدُ الشّراء أو البيع معه.

أمّا من يستقرض بالرِّبوا، فإنّه بالرّغم من اقترافه إثماً كبيراً في عُنقه، يملك ما استقرضه، وهو مضمون عليه[٢] وذلك لأنّ القرضَ ممّا لايبطُل بالشّروط الفاسدة.[٣] وإنّما يبطُل الشّرط. فما يشتريه بما استقرضَه ليسَ حراماً. وعلى هذا، لو أهدى إلى رجل شيئاً، فإنّه يحلّ للآخذ، وكذلك يجوز البيع إليه والشّراءُ منه.[٤]

٥١٢- التّعامل مع البنوك الرّبويّة

ومنه يُعلمُ حكمُ التّعامل مع البنوك الرّبويّة.[٥] وإنّ أموالَ البنك الرّبويّ مخلوطةٌ بالحلال والحرام. فإنّ منها رأسَ المال الّذي يُفترَضُ فيه أنّه حلالٌ مالم يُعرَف

---

(١) الهنديّة، الحظر والإباحة ٥: ٣٤٣، باب ١٢ وبذلك أفتى الإمام الشّيخ أشرف عليّ التهانويّ رحمه الله تعالى في إمداد الفتاوى، ٣: ٣٠٧ سؤال ٢٤٩ حيثُ فرّق بين ربا البيع فجعله فاسداً، وربا القرض فجعله باطلاً.

(٢) "ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عندهما أي الإمام ومحمّد" (الدّرّ المختار مع ردّالمحتار ١٥: ٢٠٦)

(٣) جامع الفصولين ٢: ٦ فصل ٢٦

(٤) وبه أفتى الإمام الشّيخ أشرف علي التهانويّ رحمه الله تعالى في إمداد الفتاوى ٣: ١٦٩ و ١٧٠ سؤال ٢٢٤

(٥) البنك الربويّ مؤسسة تقبل من عامة النّاس مدّخراتهم النّقديّة وتردّها إليهم بفائدة محدّدة ربويّة، والأموال المدّخرة بهذا الطّريق تُستخدم في إعطاء قروض للتّجار على أساس الفوائد الرّبويّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

خلافُ ذلك. ومنها الأموالُ المودَعةُ[1] فيها من قِبلِ المودِعين، ويُفترضُ فيها أيضاً أنّها حلالٌ مالم يثبت خلافُ ذلك. ومنها إيراداتُ البنك عوضاً عن الخدمات الجائزة شرعاً، مثلِ تحويل المبالغ، وعمليّات التبادل العاجل للعُملات وغيرها، وهي حلالٌ أيضاً. وفيها إيراداتُها الغالبةُ الحاصلةُ من تعاملاته الرِّبويّة، وهي حرامٌ. فأموالُ البنك الرِّبويِّ داخلٌ في الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث. فيجوز التّعاملُ معها بقدرِ ما فيها من الحلال.

وإنّ التّعامُلَ معها يمكن بطرق:

٥١٣- الأوّل: شراءُ أسهُم البنك الرِّبويّ، وهو حرام، لأنّ نشاطه الأساسيَّ محرّم، فلايجوز تداولُ أسهمه بيعاً وشراءً. أمّا من تملّك تلك الأسهم، ثمّ وفّقه الله تعالى للتّوبة، فلعلّ سبيلَ خلاصه مثلُ ما قلنا في بيع أسهم الفنادق والمطاعم التي تُباع فيها الخمورُ والخنازير.

٥١٤- الثّاني: فتحُ الحساب الجاري (Current Account) معها. وإنّ العادةَ في الحسابات الجارية للبنوك أنّ صاحب الحساب يحقّ له أن يسحب من ذلك الحساب مبالغَه متى شاء، بإصدار شيك شخصيّ أو بطريق التّحويل المصرفيّ (Bank Transfer) ولا يُعطي البنك على المبالغ المودعة في ذلك الحساب أيَّ مبلَغٍ إضافيّ.

---

(١) الأموال التي يخزنها عامّة النّاس في البنوك تُسمّى "ودائع" في الاصطلاح المصرفيّ، ولكنّها من النّاحية الفقهيّة قروضٌ مضمونةٌ على البنك، كما أوضحته في بحثي "أحكام الودائع المصرفيّة" (بحوث في قضايا فقهيّة معاصرة ١: ٣٤٧) وإنّما استُعملت كلمة "الإيداع" و"الودائع" هنا بمعنى الاصطلاح المصرفيّ، دون الاصطلاح الفقهيّ.

www.besturdubooks.wordpress.com

وحكمه شرعاً أنّه إقراض للبنك، وإن كان يُسمّى "إيداعاً" في الاصطلاح المصرفي، لأنّ هذه الودائع لا تبقى عند المصرف كما هي، وإنّما يختلط بعضُها ببعض، ويستثمرها المصرف في تمويلات يقدّمها إلى عملائه، ويطالبهم على ذلك بفائدة أو ربح. وإنّها تكون مضمونة على المصرف يلتزم المصرف بإعادتها إلى المودع في كلّ حال حسب الشّروط المتّفق عليها.

وقد أفتى العلماء المعاصرون بجواز ذلك عند الحاجة، لكون هذا القرض لا يجرّ نفعاً. وقد يُستشكل بأنّه وإن لم يكن قرضاً ربويّاً، ففيه إعانة للبنك في المعاملات الرّبويّة، لأنّ من المعلوم أنّ البنك الرّبويّ لا يُمسك هذه الودائع جامدة، وإنّما يستثمرها في القروض الرّبويّة، فيصير المودع مُعيناً للبنك في ممارساته الرّبويّة.

ولكنّنا قدّمنا مسئلة الإعانة على المعصية بتفصيل في أحكام المتعاقدين تحت عنوان "إن كان أحد العاقدين يقصد بالعقد ارتكاب معصية" ولو نظرنا إلى الودائع المصرفيّة على أساس المبادئ الّتي قرّرناها هناك، وجدنا أنّ إيداع رجل أمواله في الحساب الجاري ليس سبباً محرّكاً أو داعياً للمعاملات الرّبويّة، بحيث لو لم يُودع هذا الرّجلُ ماله، لم يقع البنكُ في معصية، فدخل في القسم الثّاني. ولا يقصد المودع في عامّة الأحوال أن يُعين البنكَ في ممارساته الرّبويّة، وإنّما يقصد به حفظ ماله.

ثمّ إنّ المودع لا يعلم بيقين أنّ ماله سوف يُستخدم في معاملة ربويّة، بل يحتمل أن يبقى عند البنك، أو يُستخدم في معاملة مشروعة، ولو استخدمه البنكُ في معاملة ربويّة، فإنّ النّقود لا تتعيّن بالتّعيين في عقود المعاوضة المشروعة. فلا تُنسب هذه المعاملة إلى النّقود الّتي أودعها، وإنّما تُنسب إلى النّقود التي صارت ملكاً للبنك.

www.besturdubooks.wordpress.com

وغايةُ ما في الباب أن يكون هذا الإيداعُ مكروهاً كراهةَ تنزيه.

ولا شكَّ أنَّ كثيراً من المعاملات المشروعة اليوم أصبحت مرتبطةً بالبنوك. ويحتاج الإنسانُ لإنجازها أن يكون له حسابٌ مفتوحٌ في إحدى البنوك، فالحاجة ظاهرةٌ مشاهدةٌ، وترتفع مثل هذه الكراهة التنزيهيّة بمثل هذه الحاجة إن شاء الله تعالى.

غير أنَّ هذه الرُّخصة إنّما يجوز العملُ بها إن لم يوجد مصرفٌ غير ربويّ، فإن وُجد بشكلٍ مقبولٍ شرعاً، فلا ينبغي العملُ بهذه الرُّخصة.

٥١٥-الثّالث: فتح حساب التّوفير أو الوديعة الثّابتة. وحساب التّوفير (Saving Account) حسابٌ يُعطي الحقَّ لصاحب الحساب أن يسحب حدّاً معيّناً من المبالغ المودعة فيه، ويُعطي البنكُ على ذلك فائدةً ربويّةً بنسبةٍ أدنى من النّسبة التي تُعطى لصاحب الوديعة الثّابتة (Fixed Deposit) التي تُودع فيها الأموالُ إلى مدّةٍ معيّنةٍ وتُعطي البنوكُ لأصحابها فائدةً بنسبةٍ أعلى. وكلٌّ واحدٍ من الحسابين ربويٌّ بحت، والإيداعُ في هذين الحسابين حرامٌ شرعاً، لكونه تعاقداً بالرِّبوا.

٥١٦-الرّابع: فتحُ الاعتماد (Letter of credit) وهو جائزٌ إن لم يتضمّن عقداً ربويّاً، ويأتي تمامُ الكلام عليه في مسائل الإيراد والاستيراد إن شاء الله تعالى.

٥١٧- الخامس: شراءُ الأشياء المُباحة منه، وهو جائزٌ أيضاً، لأنّ أموال البنك مختلطةٌ بالحلال والحرام، والغلبةُ فيها للحلال كما أسلفنا تفصيله في أوّل هذا المبحث. فالأشياءُ المباحةُ التي ملكها البنكُ بشراءٍ أو غيره لاتكونُ محرّمةً لمجرّد أنّها مملوكةٌ لبنكٍ ربويّ.

٥١٨- السّادس: بيعُ الأشياء إليه. وفيه تفصيل. فإن كان المبيعُ ممّا يتمحّض استخدامه في عقدٍ محرّمٍ شرعاً، مثل برنامج الحاسوب الّذي صُمّم للعمليّات الرّبويّة

www.besturdubooks.wordpress.com

خاصةً، فإنّ بيعه حرام للبنك وغيره، وكذلك بيعُ الحاسوب بقصد أن يُستخدم في ضبط العمليّات المحرّمة أو بتصريح ذلك في العقد.[1]

أمّا بيعُ الأشياء الّتي ليس لها علاقةٌ مباشرةٌ بالعمليّات المحرّمة، مثل السّيّارات أو المفروشات، فليس حرامًا، وذلك لأنّها لايتمحّض استخدامُها في عمل محظور. وقدّمنا في مبحث الإعانة على المعصية أنّ ما تخلّل فيه عملُ عاملٍ مختارٍ لايعدّ في الإعانة المحرّمة، إلاّ إذا قصد البائعُ الإعانة، وصرّح به في العقد. ثمّ إنّ استخدام هذه الأشياء سببٌ بعيدٌ للوقوع في المعصية، فلا يُكره تحريمًا، ولكن بما أنّ مُعظم كسْب البنوك الرّبويّة حرام، فالأولى التنزّه من التّعامل معهم، ولو بتسبّب بعيد.

أمّا الثّمن الّذي يدفعه البنك إلى البائع، فهو من ماله المخلوط بالحلال والحرام. وقد مرّ أنّ التّعامل به جائزٌ بقدر مافيه من الحلال، وقدّمنا أنّ الحلالَ فيه كثير.

٥١٩ –السّابع: أن يؤجر المرأ نفسه للبنك بأن يقبل فيه وظيفة. فإن كانت الوظيفةُ تتضمّن مباشرةَ العمليّات الرّبويّة، أوالعمليّاتِ المحرّمة الأخرى، فقبولُ هذه الوظيفة حرام. وذلك مثلُ التّعاقد بالرّبوا أخذًا أو عطاءً، أوخصمُ الكمبيالات، أوكتابةُ هذه العقود، أو التّوقيعُ عليها، أو تقاضي الفوائد الرّبويّة، ودفعُها، أوقيدُها في الحساب بقصد المحافظة عليها، أو إدارةُ البنك، أو إدارةُ فرعٍ من فروعه. فإنّ الإدارةَ مسئولةٌ عن جميع نشاطات البنك الّتي غالبُها حرام.

ومَن كان موظّفًا في البنك بهذا الشّكل، فإنّ راتبه الّذي يأخذ من البنك كلّه من الأكساب

(١) وقد سبق الكلام على مسئلة الإعانة على المعصية في أحكام المتعاقدين، تحت عنوان "إن كان أحدالعاقدين يقصد بالعقد ارتكاب معصية."

www.besturdubooks.wordpress.com

المحرّمة. فإن لم يكن له مالٌ غيره، دخل في القسم الأول، فلا يجوز أخذ شيئٍ منه هبةً أو بيعاً أوشراءً أو إرثاً. ويجب عليه أن يتوبَ إلى الله تعالى ويتصدّق بما كسب من البنك.[1] وإن وفّقه الله تعالى للتّوبة، ولم يكن له مالٌ غيره، يَسَعه بفتويٰ من مُفتٍ موثوقٍ به أن يصرفَه في حاجة نفسه بطريق الاقتراض، ويتصدّقَ بمثله متى وجد سعةً حسب التّفصيل الّذي ذكرناه في القسم الرّابع تحت عنوان "صرف الرّبح في حاجة نفسه."

وأمّا الوظائفُ الّتي تشتمل الخدماتِ المباحةَ والمحظورة، فيجري فيه ما قدّمنا في وظائف الفنادق والمطاعم.

أمّا إن كان مثلُ هذا الموظّف له أكسابٌ حلالٌ من غير طريق البنك، أو له مالٌ ورثه بطريقٍ حلال، فإنّه داخلٌ في الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث، لأنّ ماله مخلوطٌ من الحلال والحرام. فنجري عليه أحكامُه، فيحلّ له الانتفاعُ من أمواله بقدر مافيها من الحلال، وكذلك يجوز للآخرين أن يتعاملوا معه بذلك القدر.

أمّا إذا كانت الوظيفةُ ليس لها علاقةٌ مباشرةٌ بالعمليّات الرّبويّة، مثلُ وظيفة الحارس أوسائق السيّارة، أو العامل على الهاتف، أو الموظّف المسئول عن صيانة البناء، أوالمعدّات، أو الكهرباء، أو الموظّف الّذي يتمحّض عملُه في الخدمات المصرفيّة المُباحة، مثل تحويل المبالغ، والصّرف العاجل للعُملات، وإصدار الشّيك المصرفي،

---

(١) ولا يؤمر بالرد إلى البنك، لأنّ البنك عقد معه إجارةً فاسدةً، واستخدمه بحبس وقته، فلا يُمكن أن يجتمع عنده العوض والمعوّض. وإنّما جاءت الحرمةُ في الأجرة لكونها مقابل عمل محظور شرعاً، ولم يكن بطريق الظّلم على الدّافع. فليس فيها حقّ العبد، وإنّما تمحّض حقّاً لله سبحانه وتعالى، فوجب التصدّق به. وفيه كلام نفيس لابن القيّم رحمه الله تعالى في زادالمعاد، فصل في تحريم مهرالبغي، ٥: ٧٧٨ إلى ٧٨٦ فليراجع.

www.besturdubooks.wordpress.com

أو حفظ مستندات الشّحن، أو تحويلها من بلد إلى بلد، فلا يحرُم قبولُها إن لم يكن بنيّة الإعانة على العمليّات المحرّمة، وإن كان الاجتنابُ عنها أولى، ولايُحكم في راتبه بالحُرمة، لما ذكرنا من التّفصيل في الإعانة والتّسبّب، وفي كون مال البنك مختلطاً بالحلال والحرام. ويجوز التّعاملُ مع مثل هؤلاء الموظّفين هبةً أو بيعاً أو شراءً.

وقد تكون بعضُ الوظائف لاصلةَ لها بتعاملات البنك، وإنّما المقصودُ بها إجراءُ الدّراسات الاقتصاديّة. فإن كان المقصودُ بهذه الدّراسات أن تُعينَ البنكَ في عمليّاتها المحرّمة، فإنّ هذه الوظيفةَ داخلةٌ في القسم الأوّل، فلا يجوز قبولُها. أمّا إذا كانت دراساتٍ عامّةً، يستفيد بها البنك وغيرُه لمعرفة الأحوال الاقتصاديّة العامّة، فهي داخلةٌ في القسم الثّاني.

٥٢٠- التّعامل مع شركات التّأمين

أمّا شركاتُ التّأمين التّقليديّة الّتي تعمل على أساس الرّبوا والغرر، فهي على قسمين: الأوّل: الشّركات الّتي تُمارس التّأمين على الحيوة، والّذي يُسمّى التّأمين على العائلة (Family Insurance) أيضاً، ولاتؤمّن على الأشياء. والثّاني: الشّركاتُ الّتي تؤمّن على الأشياء أو على المسئوليّات (Third Party Insurance)، والّذي يُعبّر عنه بالتّأمين العامّ (General Insurance).

أمّا عمليّةُ التّأمين، فعمليّةٌ تشتمل على الرّبوا أو على الغرر أو عليهما، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وبهذا أفتى جمهورالعلماء المعاصرين والمجامع الفقهيّة. ولكنّ المقصودَ هٰنا دراسةُ حكم التّعامل معها أو مع موظّفيها بالبيع أو الهبة أو الإرث. ولنتكلّم على كلّ قسمٍ على حدته، لكون الوضع في كلّ منهما مختلفاً عن الآخر.

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا الشّركات الّتي تتمحّض للتّأمين العائلي،[1] فإنّ نشاطها وإن كان محظوراً، فإنّ الأموالَ الموجودةَ في ميزانيّتها مُعظمُها يُفرض كونُها حلالاً، لأنّها مركّبةٌ من رأس مال الشّركة، وأقساط التّأمين الّتي يدفعُها طالبوا التّأمين، والرّبح الحاصل للشّركة. أمّا رأسُ المال، فيُفترضُ كونُه حلالاً إلا أن يثبُت خلافُه. وأمّا أقساطُ التّأمين، فهي مودعةٌ من قبل أصحابها لدى شركات التّأمين مثل الودائع في البنوك، لأنّها ترجعُ إلى أصحابها مع الفائدة الرّبويّة. وإنّها وإن سُمّيت "ودائع" في الاصطلاح المعاصر، ولكنّها من النّاحية الشّرعيّة قروضٌ ربويّةٌ قدّمها أصحابُها إلى الشّركة. وقدّمنا أنّ القرضَ لايفسُد بالشّرط الفاسد، ويملكه المستقرض، ويفسُد شرط الزّيادة. فهذه الأقساطُ كلُّها مملوكةٌ للشّركة بعقد قرضٍ. وأمّا الرّبحُ الّذي تحصُل عليها الشّركةُ من عمليّات التّأمين، فإنّه حرام، ولكنّ نسبتَه مع رأس المال وأقساط التّأمين قليلة. فظهر أنّ الأموالَ الموجودة في ميزانيّة الشّركة مخلوطٌ من الحلال والحرام، ونسبةُ الحلال فيها كثيرة.

وعلى هذا، فتُطبّق عليه أحكام الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث من أنّه يجوز التّعاملُ المُباحُ معها بأن يُباع إليها شيئٌ حلالٌ لايُعينُها على العمليّات المحرّمة بصفة مباشرة، مثلُ السّيّارات والمفروشات والأدوات الكهربائيّة، وإن كان الاجتنابُ عنه أولى بالاحتياط. أمّا الأدواتُ الّتي يتمحّض استخدامُها في عمليّات التّأمين، مثلُ برامج الحاسوب الّتي صُمّمت لعمليّات التّأمين خاصّةً، فإنّ بيعَها ممنوعٌ شرعاً. وكذلك

(١) وخلاصة معنى "التّأمين العائلي" أو "التّأمين على الحيوة" أنّ الّذي يُريد هذا التّأمين يدفع إلى شركة التّأمين أقساطاً إلى مدّة محدّدة، فإن عاش ذلك الرّجل إلى تلك المدّة، فإنّه تُدفع إليه مجموعةُ تلك الأقساط مع فائدة ربويّة، وإن مات قبل تلك المدّة، فإنّ الشّركة تدفع إلى عائلته مبلغاً محدّداً في عقد التّأمين يزيد بكثير عن المبلغ الّذي كان يحصل عليه لو بقيَ حيّاً إلى المدّة المحدّدة. وإنّ هذا العقد مشتملٌ على الرّبوا والغرر.

www.besturdubooks.wordpress.com

المعدّات الّتي يُمكنُ استخدامُها في الحلال والحرام معاً، مثلُ الحاسوب الآليّ، ولكنّها يبعث إليها بقصدِ إعانتِها في عمليّات التّأمين، فإنّه غيرُ جائزٍ أيضاً. أمّا شراءُ الأشياء المُباحة من الشّركة، فجائزٌ لما قدّمنا أنّ المحكومَ بالحلال في ميزانيّتها كثير.

وأمّا قبولُ الوظيفة فيها، فحُكمُه وحكمُ التّعامل مع الموظّفين فيها مثلُ حكم الوظائف في البنوك الرّبويّة.

٥٢١– التّعامل مع شركات تأمين الأشياء والمسئوليّات

أمّا الشّركات الّتي تتمحّض لتأمين الأشياء أو المسئوليّات،(١) فوضعُها مختلف، لأنّ ما يُمكن أن يُحكَم بحِلّه من مجموع أموالها هو رأسُ مالها فقط. أمّا أقساط التّأمين، فإنّها حصلت عليها الشّركةُ بعقدٍ محظور. فإن كان العقدُ يلتزمُ أن توفّر الشّركةُ للمؤمَّن له نقداً يُعوّضه عن الضّرر المؤمّن عليه، مثل أن يكون التّأمينُ للسّيّارة، والتزم عقدُ التّأمين أنّه إن هلكت السّيّارةُ أو تضرّرت، فإنّ شركةَ التّأمين تدفع إلى صاحبها قيمتَها أو قيمةَ إصلاحها نقداً، وذلك مقابلَ أقساطِ التّأمين، فإنّ هذا العقدَ

---

(١) "التّأمين على الأشياء" هو التزامُ شركة التّأمين بتعويض ضرر يلحق بجسم المؤمن له أو بماله، مثل الحريق أو غرق السّفينة، وذلك تجاه أقساط يدفعها المؤمن له إلى الشّركة. فإن لم يحصل الضّرر المؤمن، فإنّ الأقساط كلّها للشّركة لا تردّ منها شيئاً إلى المؤمّن له. وإن أصابه ضرر مؤمّن، فإنّ الشّركةَ تُعوّضه عن ذلك الضّرر حسب التّفصيل المتّفق عليه في عقد التّأمين.

أمّا "التّأمين على المسئوليّات" فإنّ الشّركةَ تلتزم فيها أنّ المؤمّنَ لو ادّعى عليه أحد بتعويض ضرر لحقه بسببه، فإنّ شركةَ التّأمين يدفع التّعويضَ إلى ذلك المدّعي، مثل أن تصدم سيّارةُ المؤمّن شخصاً، فيطالب ذلك الشّخص بالتّعويض. فتدفع شركةُ التّأمين التّعويضَ إلى ذلك الشّخص. وهذا الالتزام أيضاً مقابل أقساط يدفعها المؤمّن إلى شركة التّأمين. وفي كلّ واحد من العقدين غررٌ ظاهر، وفي كثير من الحالات إنّ العقد يشتمل على الرّبوا أيضاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

فيه ربا، لأنه لاتماثلَ بين الأقساط وبين مبلغ التأمين. وعلى هذا، فإنّه عقدٌ باطل مثلُ الرّبوا، وأقساطُ التّأمين الّتي أُخذت من أصحابها كلُّها حرام.

فلم يبقَ من المحكوم عليه بالحلال في أموال الشّركة إلاّ رأسُ المال. وحينئذٍ صارت أموالُ الشّركة مخلوطةً بالحلال والحرام، فتدخلُ في الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث، وقدّمنا في أحكام هذا القسم أنّه لا عبرةَ فيه بالغلبة، بل يجوز التّعاملُ معها بقدرِ ما فيها من الحلال. فيجوز التّعاملُ المباحُ مع هذه الشّركات بقدر ما عندها من المال الحلال. ولكن ينبغي أن يؤخذ في عين الاعتبار أنّ قدراً كبيراً من رأس المال يُصرفُ عند إنشاء الشّركة في الحصولِ على أصولٍ جامدة، وإقامة البِنية التّحتيّة قبل أن تشرع الشّركة في مزاولة عمليّات التّأمين. وبعد أخذه في الاعتبار، يجوز أن تُباع إليها أشياءُ لاتُعين في عمليّات التّأمين بصفةٍ مباشرة. وكذلك يجوز أن تُشترى منها أشياءُ بقدر ما فيها من الحلال، حسبما فصّلنا في شركات التّأمين العائلي.

وإن كان العقدُ يلتزمُ أن يُوفّر للمتضرر سيّارةً أخرى، أو تقومَ بإصلاحها، فإنّ هذا العقدَ فيه غررٌ وعقودُ الغرر عقودٌ فاسدة، وليست باطلةً على مذهب الحنفيّة.[1] فالظّاهرُ أنّ الأقساطَ المأخوذةَ في هذا القسم من التّأمين مملوكةً للشّركة مِلكاً خبيثاً. وعلى هذا، فينبغي أن يجريَ فيه حكمُ ثمن البيع الفاسد، وقد مرّ أنّ البائع في البيع

---

(١) قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى في الملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر: "وهي من بيوع الجاهليّة فنُهي عنها كلّها...لوجود القمار، فكانت فاسدة. (الدّرّ المختار مع ردّالمحتار ٤: ٥٨٨ إلى ٥٩١ باب البيع الفاسد)

www.besturdubooks.wordpress.com

الفاسد لا يجوز له أن ينتفع بالثّمن، بل يجب عليه أن يفسخ البيع ويرد الثّمن إلى المشتري. ولا ينبغي لمن يعلم ذلك أن يبيع إليه شيئاً بهذا الثّمن، ولكن إن اشترى شيئاً بالثّمن النّقد، ملكه، وإن ربح فيه طاب له الرّبح، وكذلك جاز لبائعه أن ينتفع بالثّمن، لأنّ النّقود لا تتعيّن. فيجوز التّعامل المباح معها بشرط أن لا يؤدّي إلى الإعانة المباشرة في عمليّات التّأمين، وإن كان الاجتناب في جميع الصّور أولى.

٥٢٢- التّعامل مع السّماسرة في البورصة

وقد شاع في زماننا التّجارة في أسهم الشّركات، وإنّ السّوق الّتي تتداول فيها الأسهم تسمّى بورصة. وإنّ هذا التّداول يتمّ عن طريق سماسرة. وإنّ هذا التّداول لايتقيّد بالضوابط الشّرعيّة. فكثيراً مّا يبيع الأسهم من لايملكها، إمّا بنيّة أنّه سيملكها فيما بعد. وإمّا لأنّ المقصود ليس البيع والشّراء، وإنّما المقصود إجراء المجازفات (speculative transactions) والاستفادة في النّهاية بفروق الأسعار. وهذه البيوع باطلة شرعاً، لأنّها داخلة في بيع ما لايملكه الإنسان. وقد تقع البيوع ممّن يملك الأسهم قبل أن يقبضها، فهي بيوع قبل القبض، والبيع قبل القبض فاسد تجري عليها أحكام البيع الفاسد. ثمّ قد تكون الأسهم لشركات الّتي نشاطها التّجاري محرّم شرعاً، مثل البنوك وشركات التّأمين وغيرها. فالمتاجرة في أسهمها، ولو بعد الملك والقبض، ممنوع شرعاً.

والّذين يمارسون التّجارة في الأسهم لايتقيّدون بهذه الضّوابط الشّرعيّة. ولكن قد تكون بعض البيوع جائزة حسبما فصّلناه في الشّرط السّادس من شروط المبيع تحت عنوان "بيع أسهم الشّركات" مثل أسهم شركة ليس في نشاطها عمل محرّم،

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد تُباعُ الأسهمُ بعد تملكها وحيازتها. فالممارسون لهذه التّجارة في البورصة، إن لم يكونوا يتقيّدون بالضّوابط الشّرعيّة، بل يدخلون في كلّ من العقود المحظورة والجائزة، فإنّ أموالهم مخلوطةٌ بالحلال والحرام، والظّاهرُ أنّ الحرامَ فيها أكثر. ولكن قدّمنا في أحكام الصّورة الثّالثة من القسم الثّالث أنّه لاعبرةَ للغلبة في هذا القسم، بل يجوز التّعاملُ المباحُ مع أصحابها بقدرِ ما عندهم من الحلال. وإن لم يُعرف قدرُه فالاجتنابُ أولى، ولكن لايُحكَم بالحُرمة على التّعامل المباح معهم بقدرِ ما يغلب على الظنّ أنّه في حدود حصّة الحلال.

وأمّا قبولُ الوظائف عند سماسرة البورصة، فتُطبّق عليه نفسُ المبادئ الّتي فصّلناها في وظائف البنوك والفنادق. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٥٢٣ – البيوع الفاسدة الأخرى

أمّا البيوع الفاسدةُ الأخرى الّتي كثرت في سُوق عصرنا، مثلُ بيع المملوك قبل القبض في أسواق السّلع والأسهم، والبيعُ بجهالة المبيع أو الثّمن أو الأجل، أو بيعُ مملوكٍ غير مقدور التّسليم، أو البيعُ بشرطٍ فاسد، فإنّ المالَ الحاصلَ بهذه العقود الفاسدة داخلٌ في القسم الخامس. فإن قبض البائعُ الثّمنَ، فعليه ردُّه إلى المشتري في جميع الأحوال، واستردادُ المبيع أو مثله أو قيمته. ولو تعذّر ذلك لغياب المشتري مثلاً، وجب عليه التّصدّق به. ولكن إن اشترى بالثّمن شيئاً، ملَكه ملكاً صحيحاً. ولذا يجوز قبولُ هديته، وشراءُ ذلك الشّيئ منه، وأكلُ طعامه. والتّعاملُ معه بالعقود الجائزة، وإن كان الأولى التّجنّب إن كان الدّخول في العقود الفاسدة عادةً له.

أمّا المشتري في مثل هذه البيوع الفاسدة، فإنّه يملك المبيعَ ملكاً خبيثاً. ولايحلّ له

www.besturdubooks.wordpress.com

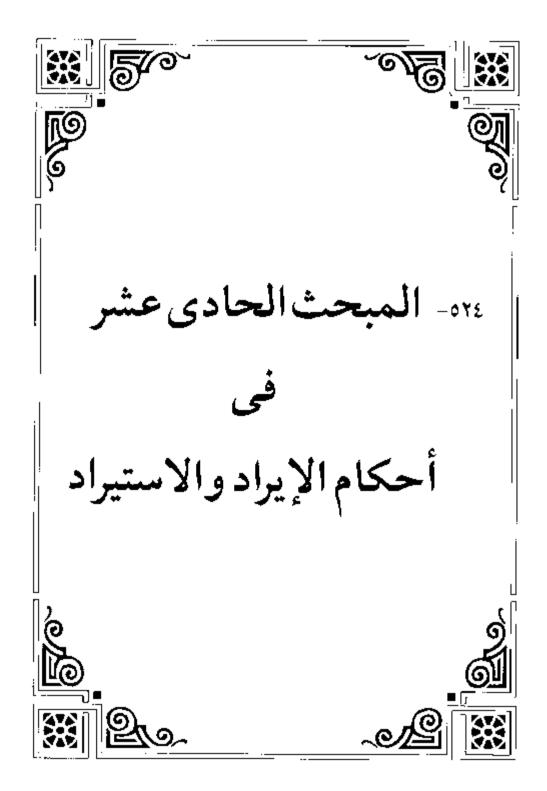
الانتفاع به، ويكره للآخرين شراؤ ذلك المبيع منه. وإن باعه و ربح فيه لايطيب له الربح، ويجب أن يتصدق به. أما من اشتراه منه مع كراهة الشراء، فقد ملكه ملكا صحيحا، وليس عليه التصدق به. ويجوز للآخرين التعامل معه بشراء أو بيع أو قبول هبة أو إجابة دعوة.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٢٤- المبحث الحادی عشر

فی

أحكام الإيراد والاستيراد

www.besturdubooks.wordpress.com

كان النّاسُ قبلَ حدوث وسائل المواصلات الجديدة يتبايعون بمباشرة البيع والشّراء شخصيّاً. ولو كانت التّجارةُ بين البلدين. فإنّها كانت تتمّ بحضور العاقدين، بأن كان المشتري أو وكيلُه يُسافر إلى بلد البائع، أو كان البائعُ أو وكيلُه يُسافر إلى بلد المشتري، فيتمّ البيع منهما شخصيّا. أمّا بعدَ حدوث وسائل الاتّصالات والمواصلات الجديدة، فإنّ البيعَ بين بلدين لايحتاج إلى حضور العاقدين، بل ربّما يقع بالرّسائل، أو الهاتف. أو التّلكس، أو الفاكس، بحيث لايقع أداءُ الثّمن وتسليمُ المبيع مباشرةً للعاقدين، بل تُستعمل وسائلُ المواصلات الجديدة، مثلُ البريد، والشّحن البرّيّ أو الجويّ أو البحريّ. وبما أنّ المتعاقدين لايجمعُهما مكانٌ واحد، فإنّه لابدّ من جهةٍ تضْمَن للمشتري وصولَ المبيع إليه، وتضْمَن للبائع تسليمَ الثّمن.

ولتحقيق هذا الغرض، شاعت طرقٌ متعدّدة للتّجارة فيما بين البلدين. وإنّ هذه الطّرق، على اختلاف أنواعها، لاتخلُو من حالتين: الأولى: إرسالُ المبيع عن طريق البريد، والثّانية: إرسالُها عن طريق الشّحن. ولنتكلّم على كلٍّ من الحالتين وما يتعلّق بهما، والله سبحانه هو الموفق.

٥٢٥- التّجارة عن طريق البريد

إن كان المتعاقدان بينهما ثقةٌ موفورة، فإنّه يمكن للمشتري بعد المساومة أو عقدالشّراء مع تاجرٍ في بلدٍ آخر أن يُرسل إليه الثّمن بأيّ وسيلةٍ من الوسائل اعتماداً منه على البائع أنّه سيُرسل إليه المبيعَ فورَ تسلُّمه للثّمن. و على العكس، يُمكن للبائع أن يُرسِلَ إليه المبيعَ بأيّ وسيلة مُتاحة، ثقةً منه بأنّ المشتريَ سوف يُرسل إليه الثّمن بعد ما يتسلّم المبيع. وفي هذه الحالة، يتمّ العقد بينهما إمّا كتابةً، أو شفاهاً على

www.besturdubooks.wordpress.com

الهاتف، فينطبقُ عليه كلُّ ما ذكرنا في مبحث الإيجاب والقبول عن طريق الآلات الحديثة. وكذلك تنطبق عليه أحكامُ بيع الشّيئ الغائب وما يحصُل فيه من حقوق للمشتري، مثل خيار الرؤية، وخيارُ العيب وما إلى ذلك.

ولكن إن لم تكن هناك ثقةٌ كاملةٌ بين المتعاقدين، وهو الواقعُ في أكثر الأحوال، فإنّ كلَّ واحدٍ منهما يحتاجُ إلى طريقٍ يطمئنّ به أنّه سيحصُل على حقّه النّاتج من جرّاء العقد. ومن أجل ذلك دعتِ الحاجةُ إلى طرفٍ ثالث يعملُ بصفته وسيطاً بين المتعاقدين. وهذا الوسيطُ قد يكون مكتبَ البريد، وقد يكون البنك. ولنتكلّم على كلٍّ من الطّريقين والله سبحانه هو الموفق.

٥٢٦- الإرسال عن طريق البريد (وى بى)

أمّا إذا كان الوسيطُ مكتبَ البريد، فإنّ الطّريقَ المتّبع عادةً هي ما يُسمّى (valued parcel) ويخفّف فيقال: VP (يعني الطّرد بالقيمة) وذلك بأن يُسلّم البائعُ الطّرد المشتملَ على المبيع إلى مكتب البريد، ويشترطُ عليه أن لا يُسلّم الطّردَ إلى المشتري إلاّ بعد أن يُسلّم المشتري إليه الثّمن. وبعد ما يتسلّم مندوب مكتب البريد الثّمنَ من المشتري، يُسلّم إليه المبيع، ثمّ يُرسلُ الثّمنَ إلى البائع نفسه عن طريق البريد.

وإنّ مكتبَ البريد في هذه الحالة يتقاضى رسوماً من البائع المرسِل للطّرْد. والبائعُ ربّما يُضمّن هذه الرّسومَ في ثمن المبيع الّذي يجبُ على المشتري أداؤُه للحصول على الطّرد. وإنّ دورَ مكتب البريد في هذه الحالة دورُ وكيلِ البائع في إيصال المبيع إلى المشتري، والقبضِ على الثّمن منه، وهو في الوقت نفسه أجيرٌ للبائع في إيصال الثّمن إليه. وإنّ هناك عدّةَ مسائل من النّاحية الفقهيّة في عقد التّجارة بهذا الطّريق.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٢٧- المسئلة الأولى: متى يتمّ عقد البيع بين المتعاقدين؟ والجواب أنّه إن كان المبيعُ مملوكاً مقبوضاً للبائع، فإنّ عقدَ البيع إنّما يتمّ بتبادُل الإيجاب والقبول بينهما، إمّا بالكتابة، أو بالمكالمة الهاتفيّة حسبَ ما ذكرناه في مبحث الإيجاب والقبول. أمّا إذا لم يكُن المبيعُ مملوكاً للبائع، أولم يكن في حيازته، فالكتابةُ والمكالمةُ لاتكفيان لإنجاز عقد البيع، لأنّه حينئذٍ يكون بيعاً لما لا يملكه البائع، أو لماهو غيرُ مقبوض له. وحينئذٍ، فكلامُ المشتري يُعتبر طلباً للبيع، وكلامُ البائع وعدٌ به. و ينعقد البيعُ إمّا بإيجابٍ وقبولٍ بعدَ ما يتملّكه ويقبضه البائع، وإمّا بالتّعاطي، وذلك بأن يصل المبيعُ إلى المشتري، ويؤدّي المشتري الثّمنَ إلى البريد.

٥٢٨- المسئلة الثانية: هل يُعتبر البريدُ وكيلاً للبائع، أو وكيلاً للمشتري؟ والظّاهرُ أنّ هذا الأمرَ موقوفٌ على ما يتّفق عليه الطّرفان. والمتصوَّرُ من هذه الجهة ثلاثُ صُوَرٍ:

٥٢٩- الصورةُ الأولى: أن يتّفق الطّرفان على أنّ البائعَ مسئولٌ لإيصال المبيع إلى المشتري، والبريدُ في هذه الصّورة وكيلٌ للبائع.

٥٣٠- الصّورة الثّانية: أن يتّفقا على أنّ البائعَ مسئولٌ بإيصال المبيع إلى البريد فقط، وقد صرّح بأنّه لايتحمّل خطر الطّريق، ورضيَ المشتري بذلك، فالبريدُ حينئذٍ وكيلٌ للمشتري.

٥٣١- الصّورةُ الثّالثة: أن لايكون في التّعاقد بينهما تصريحٌ، وطلب المشتري من البائع أن يبعث إليه المبيعَ عن طريق البريد، ولم يُصرّح أحدهما بتحديد مسئوليّة البائع: هل هيَ بقدر إيصاله إلى البريد فقط، أو بإيصاله إلى المشتري. وفي هذه الصورة أفتى جمعٌ من العلماء بأنّ البريدَ وكيلٌ للبائع. واستدلّوا على ذلك بدليلين: الأوّل: أنّ الّذي يتعاقدُ مع البريد عند إرسال المبيع هو البائع، وليس المشتري.

www.besturdubooks.wordpress.com

والثاني: أنّ البريدَ مسئولٌ بإيصال المبيع تجاهَ البائع. فإن قصّر في إيصال المبيع إلى المشتري، فالّذي يتقاضى البريدَ هو البائع، لا المشتري. فتبيّن أنّ البريدَ وكيلٌ للبائع. وبما أنّه وكيلٌ له، فإنّ تصرّفَه منسوبٌ إلى البائع. فلمّا سلّم المبيعَ إلى المشتري، تمّ البيعُ على قول من يُجوّزَ التّعاطيَ من جانب واحد. وكذلك لو دفع المشتري الثّمنَ إلى ممثّل البريد قبل أن يُسلّم إليه المبيع، تمّ البيعُ بينهما. فظهر بهذا أنّ نقطة تمام البيع هيَ تسليمُ الثّمن أو المبيع، أيُّهما وقع أوّل، إذا لم يقع البيعُ قبل ذلك بإيجاب وقبول شفاهاً بعد وجود المبيع و بعد ثبوت ملكه للبائع.

۵۳۲- المسئلة الثّالثة: متى ينتقل ضمان المبيع إلى المشتري؟ ومَن الّذي يخسر إن هلك المبيعُ، أو انتقص قبلَ أن يصلَ إلى المشتري؟ وجوابُ هذا السّؤال يختلف باختلاف الصّور الثّلاث المذكورة في كون البريد وكيلاً للبائع أو المشتري. فالبريدُ في الصّورة الأولى وكيلٌ للمشتري، فيتحمّل خطر الطّريق. وبذلك أفتى المفتي الأكبر الشّيخ عزيز الرّحمن رحمه الله تعالى في فتاواه.(۱)

أمّا في الصّورة الثّانية، فهو وكيلٌ للبائع، فقبضُه بمثابة قبض البائع، ولا ينتقل الضّمانُ إلى المشتري إلاّ بأن يقبضه المشتري حقيقةً أو حكماً، كما فصّلناه في مبحث القبض وانتقال الضّمان، فيظلُّ المبيعُ في ضمان البائع إلى أن يتسلّمه المشتري.

وأمّا في الصّورة الثّالثة. فقد أفتى الإمام الشّيخ أشرف عليّ التّهانويّ، والمفتي الأكبر الشّيخ عزيزالرحمن العثمانيّ رحمهما الله تعالى بأنّ البائع هو الضّامن، بناءً على أنّ البريدَ وكيلٌ للبائع.(۲)

والّذي يظهر لي أنّ الحكمَ عند عدم تصريح العاقدين يرجع إلى العُرف. فإن كان

---

(۱) فتاوى دار العلوم ديوبند ۱۴: ۳۷۷ و۳۷۸ سؤال ۲۱۶

(۲) إمداد الفتاوى ۳: ۱۳۷ و۱۳۸ سؤال ۱۸۰ و ۱۸۱ وفتاوى دارالعلوم ديوبند ۱۴: ۳۸۱ سؤال ۲۲۲

www.besturdubooks.wordpress.com

عرفُ التّجّار أنّ البريد وكيلٌ للبائع، فالحكمُ كما ذكره الشّيخان رحمهما الله تعالى من كونه ضامناً. أمّا إذا كان العُرف أنّ البائع لايتحمّل الخطر بعد إرساله للمبيع عن طريق البريد، فإنّه تنتهي مسئوليّته بتسليم المبيع إلى البريد، والمبيعُ بعد ذلك من ضمان المشتري. والظّاهرُ أنّ العُرفَ في الإرسال عن طريق البريد هو ما ذكره الشّيخان، فلا ينتقل به ضمانُ المبيع إلى البائع. أمّا الإرسالُ عن طريق الشّحن الجويّ، أو البحريّ أو البرّي، فالعُرف فيه أنّ شركةَ الشّحن وكيلةٌ للمشتري. وهو المقرّر في القوانين الوضعيّة، كما يظهر من شروح قانون بيع المال المادّة ٢٣ (٢).[١]

٥٣٣- المسئلة الرّابعة: أنّ قبضَ ممثّل البريد على المبيع قبضُ أمانة أم قبض ضمان؟ والظّاهر أنّه قبضُ أمانة. وذلك لأنّه وكيلٌ إمّا للبائع، وإمّا للمشتري. وقبضُ الوكيل قبضُ أمانة، فلو هلك المبيعُ بغير تعدٍّ من مكتب البريد، بأن سرقه اللّصوصُ بالرّغم من الحفظ المطلوب، أو فسد المبيعُ في الطّريق بدون تعدٍّ من ممثّل البريد ولا مخالفةٍ للقواعد العامّة للبريد، فإنّ الخسرانَ على البائع أو المشتري حسب التّفصيل المارّ. ولايضمنه مكتبُ البريد. ولكن هناك طريقٌ متّبعٌ في بعض البلاد أنّ مكتبَ البريد يأخذ بعضَ الأشياء بطريق

---

(١) Sub- section (2) Gives statutory recognition to the important rule that, where goods are delivered to a carrier or the like for transmission to a buyer, the carrier is presumed to be the buyer's agent, not only to take delivery, but to assent to the appropriation to the contract of the goods so delivered, subject of course to any just ground of exception, which may subsequently be discovered. (Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act, Sec. 23, P.203)

www.besturdubooks.wordpress.com

التأمين (Insurance) ويُسمّى بالأردية "بيمه". وهو التزامٌ من مكتب البريد بأنّه يُوصِلُ الطّرد وما فيه بعينه ويضمنه. وقد أجازه الفقهاءُ المعاصرون على أساس أنّه مودعٌ بأجر، وقد اشتُرط عليه الضّمان.[1] ولكن ذكر فقهاءُ الحنفيّة أنّ المودع بأجر، أو الأجير المشترك، إنّما يضمن إذا وقع التّلف بما يُمكن الاحتراز عنه.[2] أمّا إذا تلف بما لايمكنُ الاحتراز عنه، فإنّ الأجيرَ المشترك لايضمنه. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"وكلٌّ من المودع والأجير المشترك لايضمَن ما لايمكنُ الاحترازُ عنه، كالموت والغرق ونحو ذلك."[3]

ولعلّ المراد ما يُسمّى في اللّغة القانونيّة اليوم "الظّروف القاهرة" (Force Majure) فإنّه لايضمن في مثل هذه الحالات.

٥٣٤-المسئلة الخامسة: أنّ البريد أمينٌ لنقود الثّمن أم ضامنٌ لها؟ والجواب أنّ البريد حينما يتسلّم نقودَ الثّمن من المشتري، فإنّه لاينقُل نفسَ النّقود إلى البائع بعينها، وإنّما يخلطُها بأمواله وأموالِ النّاس الأخرى، ثمّ يدفعُ إلى البائع مثلها، فصارت في حُكمِ القرض المضمون، ولذلك هو ضامنُ هذه النّقود، فينطبقُ عليه ما ذكرنا من التّفصيل في إرسال المبالغ عن طريق الحوالة البريديّة (Money Order)

---

(١) فتاوى رشيديه للإمام رشيد أحمد الكنكوهيّ رحمه الله تعالى ص ٤١٠ وجواهرالفقه للشيخ المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى ٤: ٤٦٩

(٢) وتضمين الأجير المشترك فيما وقع بغير فعل الأجير مذهب أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى، وقد اختاره المتأخرون للفتوى، ومذهب غيرهما أنّه لايضمن. (راجع ردّالمحتار، باب ضمان الأجير ٦: ٦٥ والمغني لابن قدامة ٦: ١٠٧ و١٠٨)

(٣) ردّالمحتار، كتاب الجهاد، فصل في استئمان الكافر ١٢: ٦٤٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّه لمّا صار مديوناً للمشتري بأخذ هذا المبلغ قرضاً، فإنّ المشتريَ يأمرُه بأداء هذا القرض إلى البائع في بلدٍ آخر. وما يتقاضاه البريدُ من العمولة أجرةٌ للأعمال الإدارية، كما ذكرنا في الحوالة البريديّة.

٥٣٥- التّجارة بوساطة البنك

والطّريق الثاني للوساطة بين البائع والمشتري في التّجارة فيما بين البلدان هو البنك. وذلك عن طريق إصدار الاعتماد المستنديّ (Documentary Credit) ونُريد أولاً أن نشرح طريقَ التّجارة بواسطة الاعتماد المستنديّ بشيءٍ من التّفصيل، ثمّ نتعرّض للمسائل الفقهيّة المتعلّقة بها إن شاء الله تعالى، ونسأل الله سبحانه وتعالى أن يوفّقنا للسّداد والصّواب.

حقيقةُ هذه العمليّة أنّه إذا أراد أحدٌ أن يستورد بضاعةً من بلدٍ آخر، فلا يُمكن تسليمُ المبيع وتسليمُ الثّمن مباشرةً بين البائع والمشتري، لأنّ الطّريق المتّبع في التّجارة الدّوليّة، أو التّجارة فيما بين بلدين، أنّ البائعَ يُرسل المبيعَ بشَحْنه على الباخرة، أو الطّائرة، أو الشّاحنة البرّيّة، وإنّ شركةَ النّقل يُعطيه أوراقاً تُثبت أنّ البضائعَ المبيعةَ شُحِنت على النّاقلة، وإنّ هذه الأوراقَ تُسمّى بوليصةَ الشّحن (Bill of Lading) يُذكر فيها نوعيّةُ البضائع المشحونة، وكمّيّتُها، ومواصفاتُها. وإنّ البائعَ يُرسل هذه البوليصة إلى المشتري ليتمكّن من تقديمها إلى ممثّلي شركةِ النّقل في بلده بعد وصول البضائع إلى الميناء، وهم يُسلّمون البضائعَ إلى المشتري بتسلّم البوليصة.

فلو بعث المشتري الثّمنَ إلى البائع أوّلاً، فإنّه لايثق بأنّ البائعَ يُرسل إليه ما اشتراه بمواصفاته المطلوبة في وقت مطلوب. ولو بعث البائعُ المبيعَ إلى المشتري أوّلاً، فإنّه

www.besturdubooks.wordpress.com

لايطمئنَ بأنّه يُرسل إليه الثمن. ولحلّ هذه المشكلة، يعمل بنكٌ وسيطاً بينهما، فيشترطُ البائعُ على المشترى أنّه لايشحن البضائعَ المبيعةَ فى السفينة، أو فى الطائرة، أو فى الشاحنة، حتّى يكون عنده ضمانٌ من بنكٍ موثوق به أنّه يُرسل إليه الثمنَ فورَ ما تصل إليه مستنداتُ الشحن. ولذلك يطلبُ المشترى من بنك موثوقٍ فى بلده أن يُصدِر خطاباً لصالح البائع، يلتزم فيه البنك بأنّه يدفعُ المبلغَ المطلوبَ عندما يتسلّم مستندات الشحن بالمواصفات المشروطة فى ذلك الخطاب، ويُرسل المبلغَ إلى بنكٍ يُعيّنه البائع فى بلده. وإنّ هذا الخطابَ يُسمّى "خطاب الاعتماد" (Letter of Credit) ويُخفّف فيُقال L/C (ايل سى) وإنّ طلبَ إصدار هذا الخطاب من المشترى يُسمّى "فتحَ الاعتماد" (Opening the letter of credit) وإنّ البنك يتقاضى من المشترى عمولةً على إصدار هذا الخطاب.

وإنّ المشتريَ الّذى طلَب فتحَ الاعتماد يُسمّى فى هذه العمليّة "طالب فتح الاعتماد" والبائعُ المصدّرُ يُسمّى "المستفيد" (Beneficiary)، والبنكُ الّذى يُصدر الاعتماد يُسمّى "البنك المُصْدِر" (Issuing Bank) ثمّ إنّ البنك المصدر ربّما يتعاقد مع بنكٍ فى بلد المستفيد أن يصير وكيلاً للبنك المصدر فى أداء الثمن إلى البائع المستفيد، وإنّ هذاالبنك يُسمّى "البنك المراسل" (Corresponding Bank or Advising Bank) وإنّ البائعَ المستفيد لايكون له دعوىً تجاهَ البنك المراسل فى الحالات العاديّة، لأنّه وكيلٌ للبنك المصدر لأداء الثّمن نيابةً عنه، وليس ضامناً لصالح المستفيد. ولكن قد يُطلبُ منه تعزيز الاعتماد الّذى أصدره البنك المصدر، فيُعزّزُ الاعتمادَ بصراحة. وحينئذٍ يضُمّ ذمّته إلى ذمّة البنك المصدر، ويحقّ للمستفيد أن يُطالبه بمبلغ الاعتماد. وفى هذه الحالة يُسمّى هذا البنك "البنك المعزِّز" (Confirming Bank)

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّ البنكَ يلتزم بإصدار خطاب الاعتماد أنّه حينما يتسلّم مستنداتِ الشّحن، فإنّه يفحصها من حيثُ كونُها مطابقةً للشّروط والمواصفات الّتي أُصدر بها خطاب الاعتماد. فإن وجدها مطابقةً لها، فإنّه يؤدّي مبلغَ الاعتماد إلى المستفيد بالطّريق المتّفق عليه. وممّا يجبُ التّنبيهُ عليه أنّ البنكَ المصدر للاعتماد لاعلاقةَ له بفحص البضائع، والتّوثّق من كونها موافقةً لشروط البيع، وإنّما يقتصر دورُه على فَحْص المستندات فقط، لأنّ البائعَ حينما يُسلّم البضائعَ إلى شركة النّقل، فإنّ شركةَ النّقل يُصدر بوليصةَ الشّحن، ويُذكر فيها نوعيّةُ البضائع، وكمّيّتُها، ومواصفاتُها. والمفروضُ أن تكونَ هذه المواصفاتُ موافقةً للشّروط والمواصفات الّتي وقع عليها العقد. وكذلك المشتري حينما يفتح الاعتماد لدى البنك المصدر، فإنّه يذكر هذه المواصفات في خطاب الاعتماد. فإن كانت البوليصةُ موافقةً للشّروط الّتي أُصدر الاعتماد على أساسها، فإنّ البنكَ ملزَمٌ بدفع الثّمن. فإن وجد المشتري بعد معاينةِ البضائع أنّها غيرُ موافقةٍ للمواصفات المشروطة في عقد البيع، أو أنّ فيها غِشًّا أو تدليساً، فإنّه هو الّذي يرجع على البائع، وليس البنك المصدر لخطاب الاعتماد.

وكذلك البنك مُلزمٌ بدفع الثّمن، سواءٌ أدفع المشتري إليه الثّمنَ أوّلاً، أم لم يدفع. ومطالبةُ المبلغ من قِبَل البائع إنّما هي تجاهَ البنك، وليس تجاهَ المشتري. ثمّ إنّ البنكَ يُطالبُ المشتريَ بالمبلغ الّذي أرسله إلى البائع. ونتيجةً لهذا التّرتيب في العلاقات، فإنّ من الطّبيعيَ أن يطمئنَ البنكُ بأنّ المشتريَ الّذي فتَح الاعتماد يؤدّي إليه ذلك المبلغ. ومن أجل هذا، قد يؤدّي المشتري مبلغَ الثّمن، أو جزءًا منه إلى البنك عند فتح الاعتماد.

وإنّ هذا المبلغَ الّذي يؤدّيه المشتري إلى البنك عند فتح الاعتماد يُسمّى "غطاء" (Margin) فإن أدّى كلَّ الثمن يُسمّى الاعتمادُ "مغطًى بالكامل" (With Full Margin) وإن أدّى

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّمن، يُسمّى "مغطّى جزئيا" (With partial Margin) وإن كان المشتري موثوقاً به لدى البنك من خلال تعاملاته السّابقة معه، فإنّه لايُعطي البنك شيئاً عند فتح الاعتماد، لأنّ البنك واثقٌ بأنّه يدفعُ مبلغَ الاعتماد عند تسلّمه لمستندات الشّحن. فالاعتمادُ في هذه الحالة يُسمّى "غير مغطّى" أو "بدون غطاء" (Without Margin) وفي هذه الحالة تبقى البضائعُ مرهونةً لدى البنك، لأنّ مستنداتِ الشّحن إنّما تُصدر باسم البنك، ويحقّ له قانوناً أن يتسلّم البضائعَ من الميناء إن لم يدفع المشتري الثّمنَ إليه، وأن يبيعها في السّوق، ويحصلَ على المبلغ الّذي أرسله بناءً على الاعتماد.

ثمّ إن كان العقدُ بين البائع والمشتري حالاً، بأن يجب على المشتري دفعُ الثّمن فورَ تسلّمه لمستندات الشّحن، فإنّ الاعتمادَ المفتوحَ في هذه الحالة يُسمّى "خطاب اعتماد بالاطّلاع" (Sight L/c) وفي هذه الحالة، يجب على البنك أن يدفعَ مبلغَ الاعتماد فورَ وصول المستندات، إن وجدها موافقةً لشروط الاعتماد. أمّا إن كان البيع مؤجّلاً، فيحدّدُ خطابُ الاعتماد تاريخَ الدّفع، وإنّ المشتريَ بعد ما يتسلّم المستنداتِ يوقّعُ على الفاتورة المرسلة من قِبل البائع، إشعاراً بقبول تلك الفاتورة، والتزاماً منه بدفع الثّمن المذكور في الفاتورة في التّاريخ المحدّد في الاعتماد.

وإنّ الفاتورةَ الموقّعة من قبل المشتري تُسمّى كمبيالة (Bill Of Exchange) وحينئذ لايدفعُ البنكُ مبلغَ الاعتماد للبائع فورَ تسلّمه للمستندات، ولكنّه يدفعُ إلى المشتري مستنداتِ الشّحن بعد أخذ توقيعه على الكمبيالة، ليتمكّن المشتري من الحصول على البضائع من الميناء. ويلتزمُ البنك بدفع مبلغها إلى المستفيد في تاريخ لاحق محدّد في الاعتماد. وحلولُ هذا التّاريخ يُسمّى "نُضج الكمبيالة" (Maturity of the Bill) وعند نُضج الكمبيالة يلزَم البنكُ بإرسال مبلغ

www.besturdubooks.wordpress.com

الاعتماد إلى البائع، ويرجع على المشتري بذلك المبلغ. وفي هذه الحالة يُسمّى الاعتماد "الاعتماد المؤجّل" (Usance L/C) وإنّ البائع في هذه الحالة قد يُريد أن لاينتظر نُضج الكمبيالة، بل يُريد أن يحصُل على مبلغ الثّمن فوراً، ليتمكّن من الاستمرار في عمليّاته الأخرى، فيُقدّم هذه الكمبيالة إلى بنك، سواءٌ أكان البنك المصدر، أو البنك المراسل، أو بنكاً آخر، ويوقّع على ظهر الكمبيالة، ليتمكّن ذلك البنكُ من تسلُّم مبلغ الكمبيالة عند نُضجها من البنك المصدر أو من المشتري (إن كان العقدُ بدون فتح اعتماد) ويُسمّى هذ التّوقيع "تظهيراً" (Endorsement) للكمبيالة. وبعد قبول الكمبيالة المظهّرة، يدفع البنكُ القابلُ للكمبيالة إلى البائع مبلغَ الكمبيالة بخصْمِ نسبة منه. فإن كانت الكمبيالةَ لمائة مثلاً، فإنّه يدفعُ اليه تسعاً وتسعين. وإنّه يُسمّى "خصْم الكمبيالة" أو "خصْم الكمبيالة" في لغة عاميّة، ويُسمّى باللّغة الانكليزيّة (Discounting of the Bill) وقدّمنا في مبحث بيع الدَّين أنّ هذه العمليّة عمليّةٌ ربويّة لاتجوز شرعاً.

وفي جانب آخر، قد يُريد المشتري أن يدفع الثّمن بالاقتراض، فيتعاملُ مع البنك المصدر أن يُقدّم له قرضاً بأن لايُطالبه بالثّمن الّذي دفع إلى البائع حسب شروط الاعتماد إلّا بعد تاريخ محدّد، فيقبله البنك، ويتقاضى منه نسبة زائدةً على مبلغ القرض وهو الرّبو، والعياذُ بالله من ذلك.

هذه خلاصةُ ما يجري عليه العمل في التّجارة عن طريق البنك. ولكنّه لايعني أنّ جميعَ العمليّات التّجارية تتمّ بهذا الشّكل. والواقعُ ما قدّمنا من أنّ المتبايعين إن كان بينهما ثقةٌ، فإنّهما لايحتاجان إلى وساطة البنك، بل يتمّ البيع بينهما بالمراسلات، أو المكالمات الهاتفيّة، ويقع التّسليمُ والتّسلّم حسب ما يتّفقان عليه.

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّ هناك عدة مسائلَ فقهيّة في التّجارة فيما بين البلدان، تحتاج إلى تنقيح وتكييف:

١- متى يتمّ عقد البيع بين البائع والمشترى؟

٢- متى ينتقل ضمانُ هلاك المبيع أو نقصانه من البائع إلى المشترى؟

٣- ماهو تكييف خطاب الاعتماد؟

٤- ماهو حكم تقاضي العمولة علي إصدار خطاب الاعتماد؟

٥- ماهو تكييفُ الغطاء المقدّم من فاتح الاعتماد إلى البنك المصدر؟

٦- ماهو تكييف دَور البنك المراسل؟

٧- هل يجوز البيع أو الشّراء عن طريق فتح الاعتماد؟

٨- ماهو تكييف تظهير الكمبيالة؟ هل هو بيعُ دين، أو هو حوالة؟

٩- هل هناك طريقٌ لإصلاح ماهو عملٌ ربويٌ في هذه التّعاملات ليُصبح موافقاً لأحكام الشّريعة الغرّاء؟

وإنّ هذه المسائلَ لم تزل موضعَ دراسة وإمعان من قبل العلماء المعاصرين. فنريد أن نتكلّم على هذه الأسئلة بشيئٍ من التّفصيل، واللهَ سبحانه وتعالى نسأل أن يوفقنا للسّداد والصّواب.

٥٣٦- متى يتمّ البيع؟

أمّا السّؤال الأول، وهو وقتُ إنجاز البيع، فإن كان التّعاملُ بدون واسطة البنك، وكان المبيعُ مملوكاً للبائع وفي حيازته، فإنّ البيعَ يتمّ بالإيجاب والقبول العاديّين، وينطبق عليه

www.besturdubooks.wordpress.com

ما ذكرنا من أحكام عقد البيع بالكتابة وبالآلات الحديثة.

وإن لم يكن المبيعُ مملوكاً للبائع، أو لم يكن في حيازته، فإنّ ما يُقدّم المشتري من طلب المبيع طلبٌ محضٌ، وربّما هو في معنى الوعد بالشّراء، ولا يُعدّ إيجاباً. فإن رضيَ البائعُ بتوفير المبيع، فإنّه يُقدّم إليه وعداً بأنّه سيبيعه إليه بعد امتلاكه إيّاه. وينطبق على الوعدين ما قدّمنا من أحكام الوعد والمواعدة في البيع العاديّ وفي عقود التّوريد.

أمّا إن كان التّعاملُ بواسطة البنك، وبفتح الاعتماد، فإنّ تحديدَ النّقطة الّتي يتمّ فيها العقدُ شرعاً يختلف من حالٍ إلى حال. وقد ذكرنا في مبحث الوعد والمواعدة أنّ الشّائعَ في القوانين الدّوليّة الفرق بين "اتفاقيّة البيع" (Agreement to Sell) وبين "البيع" (Sale). فأمّا اتّفاقيّةُ البيع، فهو مواعدةٌ أو التزامٌ من الطّرفين بإنجاز البيع في تاريخٍ لاحق، أو بعد تحقّق بعض الشّروط، ولاينتقل بها مِلكُ المبيع إلى المشتري. وأمّا "البيع" فهو عقدٌ إنجاز البيع، وبه ينتقل مِلكُ المبيع إلى المشتري. ويُطلق على مجموعهما مصطلح "عقد البيع" (Contract of sale)

وقد ذكرنا فيما سبق أنّ الوعد والمواعدة لاتكون ملزمةً في القضاء عادةً، واتّفاقيّةُ البيع تجعلها ملزمة. ولكنّنا بسطنا الكلامَ على الوعد والمواعدة في مبحث الإيجاب والقبول، وانتهينا إلى أنّ المواعدة، وإن كانت في أصلها غير مُلزمة قضاءً ولكن يجوز أن تكون مُلزمةً للطّرفين إذا دعت إلى ذلك حاجةٌ تجاريّة حقيقيّة.

ولاشكّ أنّ الحاجةَ إلى ذلك داعيةٌ في التّجارات المعاصرة الّتي تُشترى فيها كميّاتٌ كبيرةٌ، وخاصّةً في التّجارة الدّوليّة، لأنّ المبيعَ في أكثر الأحوال لايكون متوافراً لدى

www.besturdubooks.wordpress.com

البائع بالكمّيّة المطلوبة للمشترى، بل يحتاج البائعُ إلى أن يحصل عليها بعد طلبٍ من المشترى، وفى هذه الحالة، لايُمكن أن يتمّ البيع فورَ وصول الطّلب من المشترى، لأنّ المبيعَ غيرُ مملوك للبائع فى ذلك الوقت، فضلاً أن يكون فى حوزته. وفي جانبٍ آخر، لابدّ للبائع من أن يكون عنده التزامٌ من المشترى بأنّه سوف يشترى هذه الكمّيّة الكبيرة بعد ما يكون متوافراً لدى البائع، لأنّه إنّما يشتريها بناءً على طلب المشترى، فإن لم يكن الوعد من المشترى مُلزماً له، فإنّ ضررَ البائع ظاهر، لأنّه قد لايجد من يشترى منه هذه الكمّيّة الكبيرة، ويزيده ضرراً إن كان المبيعُ شيئاً خاصّاً لمصلحة المشترى، وليس له سوقٌ فى بلد البائع.

وكذلك يحتاجُ المشترى إلى أن يكون عنده التزامٌ من البائع أنّه سوف يوفّر له المبيع بهذه الكمّيّة، لأنّه لايشتريها من جهةٍ أخرى اعتماداً على وعد البائع. فإن نكَل البائع عن وعده، ولم يعقد معه البيع فى وقت محدّد، فإنّ ضررَ المشترى ظاهر.

والحاجةُ الداعيةُ إلى جعل المواعدة مُلزمةً للطّرفين تتأكّد أضعافاً إن وقع البيع والشّراء بين بلدين عن طريق "الاعتماد المصرفي"، فإنّ الاعتمادَ المصرفيَّ لا يُفتح عادةً إلاّ على أساس اتّفاقيّةٍ ملزمة للطّرفين. فلو لم تكن مواعدةُ الاتّفاقيّة مُلزمةً، لايمكن التّجارة الدّوليّة.

وعلى هذا، فإنّ المواعدة فى هذه العمليّات لابدّ أن تكون ملزمة.

والّذى يتحصّل من هذه الدّراسة أنّ المبيعَ إن لم يكن فى حوزة البائع فى التّجارة بين بلدين، ووقع البيعُ على أساس "اتّفاقيّة البيع"، فإنّ البيعَ لايتمّ عند التّوقيع على الاتّفاقيّة. وتتحدّد النّقطةُ الّتى يتمّ فيها البيعُ بأحدٍ من الطّريقين. الأوّل: أن يُخبر البائعُ

www.besturdubooks.wordpress.com

المشتريَ بطرق المواصلات الحديثة (بالهاتف أو التّلكس أو الفاكس أو إي ميل) أنّ البضائعَ جاهزةٌ لديه للبيع، فيقعَ بينهما إيجاب وقبول شفاهاً أو كتابة. والطّريق الثّاني: أن يقع البيعُ بينهما عند تسليم البضائع بالتّعاطي. وقدّمنا في مبحث التّعاطي أنّه يصحّ بالتّسليم والتّسلّم من جانب واحد، فالتّعاطي في صورة فتح الاعتماد يحصل بتسليم البائع البضاعة إلى شركة الشّحن.

٥٣٧- متى ينتقل الضّمان من البائع إلى المشتري؟

أمّا السّؤال الثّاني المتعلّق بانتقال ضمان المبيع من البائع إلى المشتري، فإنّ المعروف في الأعراف التّجاريّة الدّوليّة، أنّ المشتريَ أو وكيلَه إن كان موجوداً عند البائع ليتسلّم المبيعَ منه، فإنّ ضمان المبيع ينتقل من البائع إلى المشتري فورَ ما يُخلّي البائع بين البضاعة وبين المشتري. وهذا موافقٌ لمذهب الحنفيّة الّذين يعتبرون التّخليةَ من البائع قبضاً ناقلاً للضّمان إلى المشتري، ولايشترطون القبض بالبراجم أو الكيل أو العدّ، كما مرّ في مبحث القبض.

أمّا إذا لم يكن المشتري أو وكيلُه حاضراً في بلد البائع، فإنّ الأعرافَ الدّوليّة تُصرّح بأنّ ضمانَ المبيع ينتقلُ إلى المشتري فورَ ما يُسلّمها البائعُ إلى شركة الشّحن. وهذا محصّلُ المادّة ٢٣ (٢) من قانون بيع المال من أنّ الشّاحنات تُعتبر وكيلةً للمشتري في قبض المبيع. وبه قضت المحاكم في قضايا كثيرة منها:

> "In view of ss 23 and 39, the goods are to be treated as delivered to the buyer and property and possession of the

www.besturdubooks.wordpress.com

goods passes on to the buyer when the goods are handed over to the transporter." [1]

فالسؤال هنا: هل يُعتبر هذا العُرف شرعاً؟ والجوابُ أنّه إن عيّن المشتري الشّركة النّاقلة، وأمر البائعَ باستئجارها لنقل المبيع إلى بلد المشتري، فإنّ الشّركةَ النّاقلة أصبحت وكيلةً للمشتري، فقَبْضُ الشّركة ينبغي أن يكون قبضاً لوكيل المشتري، والقبضُ عن طريق الوكيل يُعتبر قبضاً في الشّرع، وبه ينتقل الضّمان.

أمّا إذا كان المشتري لم يُعيّن الشّركة النّاقلة، وترك تعيينَها على البائع، ثمّ استأجر شركةً مّا لنقل المبيع، وسلّم المبيعَ إليها، فهل يُعتبر ذلك قبضاً من قبل المشتري، وينتقلُ به الضّمان إليه؟ وظاهرُ هذه الحالة أن تكون الشّركةُ وكيلةً للبائع في هذه الصّورة، لأنّ البائعَ هو الّذي استأجرها، كما أسلفنا في مسئلة إرسال البضاعة عن طريق البريد (VP). ولكن بما أنّ المشتريَ هو الّذي خوّل البائعَ باختيار شركة النّقل، واختارها بناءً على أمره، والعُرفُ في التّجارة عن طريق الشّحن أنّ مسئوليّةَ البائع تنتهي حين يُسلّمُ المبيعَ إلى شركة النّقل، فإنّه لابأسَ شرعاً باعتبار هذا العُرف. وقد ذكر بعضُ الفقهاء الحنفيّة ما يُجوّزه، جاء في الفتاوى الهنديّة نقلاً عن التّاترخانيّة:

"إذا قال المشتري للبائع: ابعثْ إلى ابني، واستأجر البائعُ رجلاً يحمله إلى ابنه، فهذا ليس بقبض، والأجرُ على البائع، إلاّ أن يقول: استأجر عليّ مَن يحمله، فقَبْضُ الأجير يكونُ قبضَ المشتري إن صدّقه أنّه استأجرَ ودفع إليه. وإن أنكر استئجاره والدّفعَ إليه، فالقولُ قولُه." [2]

---

(١) Pollock & Mulla: On the Sale of Goods Act, 1930, Section 23, p203

(٢) الفتاوى الهنديّة، ٣: ١٩ كتاب البيوع، الباب الرابع

www.besturdubooks.wordpress.com

والفرقُ بين المسئلتين أنّ في الصّورة الأولى أمَره المشتري بإيصال المبيع إلى ابنه، ولم يأمُره باستئجار من يحمله إليه، فكان إيصالُ المبيع من مسئوليّات البائع، فإن استأجر أحداً، فإنّما استأجره على ذمّته، فلا يكونُ قبضاً من المشتري. أمّا في الصّورة الثّانية، فإنّ المشتريَ أمره باستئجار مَن يحمله على نفقته، فصار الأجيرُ وكيلاً للمشتري في قبض المبيع، فكأنّه قبضه بنفسه. وهذه الصّورة هي الواقعة في التّجارة الدّوليّة، لأنّ المشتريَ هو الّذي يأمرُ البائعَ بالشّحن على النّاقلة على نفقته في كثير من الأحوال. وقد يتّفقان أنّ البائع هو الّذي يدفع أجرة شركة النّقل، ولكنّه يُضمّنه في مجموعِ ثمن المبيع، فلا يتغيّر به حكمُ القبض وانتقال الضّمان.

فالعرف المتعامل به في التّجارة الدّوليّة لا يتعارض مع حكم الشّرع في هذه المسئلة. أمّا الإرسال عن طريق البريد، فالعُرف فيه أنّ مكتبَ البريد يُعتبر وكيلاً للبائع، فيظلُّ المبيع في ضمان البائع إلى أن يتسلّمه المشتري. فافترق الحكمُ من هذه الجهة.

وإنّ غرفة التّجارة الدّوليّة (International Chamber of Commerce) قد وضعت قواعدَ مفصّلةً تُسمّى Incoterms لبيان مَن يتحمّل مصاريفَ مختلفةً لعمليّة التّصدير، وكذلك لبيان النُّقطة الّتي ينتقل بها ضمانُ البائع إلى المشتري. أمّا تحمُّل المصاريف، فإنّ العقد بين البائع والمشتري هو الّذي يُعيّنها بالمصطلحات المتعارفة دوليّاً، وحسب هذه المصطلحات تُعيّن الأعراف الدّوليّة نقطةَ انتقال الضّمان من البائع إلى المشتري. ونذكر الآن هذه المصطلحات والعُرف الدّوليَ في تطبيقها من حيثُ تحمّل المصاريف وانتقال الضّمان، والحكمُ الشّرعيّ فيما يتعلّق بها.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٣٨- (Ex Works) EXW

هذا الاصطلاح يُشير إلى أنّ البائعَ يُخلّي بين المبيع وبين المشتري في محلّ البائع، وهذا إنّما يُمكن إذا كان البائعُ أو وكيلُه موجوداً في محلّ البائع، فيتسلّم المبيع، ويتحمّلُ البائع مصاريفَ التّعبئة فقط. وباقي المصاريف من تكلفة الحمل والنّقل والتّخليص من الجُمرك في بلد البائع، وفي بلد المشتري، كلُّها على المشتري. وفي هذه الحالة ينتهي ضمانُ البائع حين يُخلّي البائع بين المبيع وبين المشتري في محلّه. وهذا موافقٌ لمذهب الحنفيّة، حيثُ إنّ التّخليةَ من البائع يكفي عندهم لتحقّق القبض وانتقال الضّمان.

٥٣٩- (Free Carrier) FCA

والمراد من هذا الاصطلاح أنّ المشتريَ يُعيّن مكاناً أو شركةَ نقلٍ يوصل إليها البائعُ المبيع. وفي هذه الحالة، يتحمّل البائعُ مصاريفَ النّقل إلى ذلك المكان. ومصاريفَ فحص المبيع. وبالتّخلية في ذلك المكان أو لشركة النّقل ينتهي ضمانُ البائع. ويتحمّل المشتري المصاريفَ كلّها من ذلك المكان. وهذا أيضاً موافقٌ لمذهب الحنفيّة، لأنّ المشتريَ هو الّذي يُعيّن المكان أو شركة النّقل، ففي حالة المكان يُعيّن الشّخصَ الّذي يتسلّم المبيع نيابةً عنه، فهو وكيلٌ له. وفي حالة تعيين شركة النّقل هي وكيلةٌ له، وفي كلتا الحالتين يتمّ القبض وبه ينتقل الضّمان.

٥٤٠- (Free Alongside Ship)FAS

والمراد من هذاالاصطلاح أنّ المشتريَ يُعيّن الباخرةَ الّتي تحمِل المبيع والميناء الّذي يُشحن منه المبيع على الباخرة. وفي هذه الحالة، لايتعامل البائع مع شركة

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّحن، بل يتعامل معها المشتري على نفقته. ويتحمّل البائعُ مصاريف النّقل إلى الميناء. وينتقل ضمان المبيع من البائع حينما يوصل المبيعَ بجانب الباخرة. وتحميلُه على الباخرة ليس من مسئوليّته. فضمانُ المبيع بعد وصوله بجانب الباخرة على المشتري. فإن حصل شيئٌ من النّقص عند التّحميل، فليس هو على البائع.

وبما أنّ المشتريَ في هذه الحالة هو الّذي يُعيّن الباخرة وشركةَ النّقل، فإنّ حكمَه الشّرعيّ لايختلف من الحالة السّابقة، لأنّ شركةَ الشّحن وكيلةٌ له.

٥٤١- FOB (Free On Board)

المراد من هذا الاصطلاح أنّ البائعَ مكلّفٌ بتحميل المبيع على الباخرة. وفي هذه الحالة، يُعيّن المشتري شركةَ الشّحن، ويتعامل معها على نفقته. ويُمكن أن يأمرَ البائعَ بأن يتعامل مع الشّركة على نفقة المشتري، إمّا بأمرٍ صريح منه، أو بحكم العُرف السّائد لتجارة ذلك النّوع، أو بحكمِ تعاملٍ سابقٍ بينهما. والبائعُ مكلّف بإيصاله وتحميله على الباخرة. ولاينتقل ضمانُ المبيع من البائع إلى المشتري إلاّ بعد تحميله على الباخرة. ومنذ ذلك الحين يكون المبيعُ في ضمان المشتري.

وفي هذه الحالة أيضاً شركةُ الشّحن وكيلةٌ للمشتري. وكونُها وكيلةً له فيما إذا استأجرها المشتري ظاهر. أمّا إذا استأجرها البائعُ بأمر منه، فينطبق عليه ما نقلنا عن الفتاوى الهنديّة أنّ تسليمَ البائع المبيعَ إلى من يحمل المبيعَ بأمرٍ من المشتري يُعتبر قبضاً للمبيع منه.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٤٢- (Cost and Freight) CFR

المراد من هذا الاصطلاح أنّ البائعَ هو الّذي يتعاملُ مع شركة الشّحن على نفقته، بمعنى أنّ البائعَ مكلّفٌ بإيصال المبيع إلى ميناءٍ يُعيّنه المشترى، وتحمُّلِ نفقات الشّحن على الباخرة. وفى هذه الحالة أيضاً، ينتقل ضمانُ المبيع إلى المشترى حسبَ الأعراف الدّولية بتحميل المبيع على الباخرة. وربّما يُستشكل بأنّ البائع فى هذه الحالة هو الّذى يستأجر شركةَ الشّحن على نفقته، فينبغى أن تكون شركةُ الشّحن وكيلةً له، لا للمشترى. فقبضُها على المبيع لاينبغى أن يُعتبر قبضاً من المشترى، لكونه في حيازة وكيل البائع. ولكن يُمكن أن يُخرّج على أنّ المشتريَ باستعمال اصطلاح **CFR (Cost and Freight)** فى اتفاقيّة البيع خوّل البائعَ أن يستأجرَ شركةَ الشّحن باختياره، فكأنّه قال: "أيّما شركةٍ تختارها للشّحن، فهى وكيلةٌ لى فى قبض المبيع." وإنّ الفقهاء أجازوا مثل هذا التّوكيل فيما مرّ عن الفتاوى الهنديّة أنّ المشتريَ قال للبائع: " استأجِرْ عليّ مَن يحمله، فقبضُ الأجير يكونُ قبضَ المشترى." [١] فإنّ المشتريَ لم يُعيّن مَن يحمله، بل تركه على اختيار البائع. ومع ذلك، يُعتبر الحاملُ وكيلاً له في القبض.

أمّا نفقاتُ الشّحن، فإنّها، ولوكان البائعُ يتحمّلها فى الظّاهر، ولكنّه يُضمّنها عادةً فى ثمن المبيع، فلا تأثيرَ له فى كون الشّركة وكيلةً للمشترى. فينطبق عليه ما نقلنا عن الهنديّة من أنّ تسليمَ المبيع فى هذه الحالة قبضٌ من المشترى حكماً.

---

(١) الفتاوى الهنديّة، ٣: ١٩ كتاب البيوع، الباب الرابع

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٤٣ - CPT (Carriage Paid to)

هذاالاصطلاحُ مثلُ الاصطلاح السّابق في أنّ البائع يتحمّل نفقاتِ التّحميل على النّاقلة، وبه ينتقل الضّمان، ولكنّ الفرقَ أنّ اصطلاح CFR يُستعمل إن كانت النّاقلةُ باخرة، واصطلاحَ CPT يُستخدم في أيّ طريق من طُرق النّقل، سواءٌ كانت طائرة، أو شاحنة بريّة، بل قد يتحقق النّقلُ بعدّة وسائلَ، واحدةٍ تِلوَ الأخرى، مثل أن تُحمل البضائع من اليابان على باخرة إلى سنغافورة، ثمّ من سنغافورة إلى بنكاك، ومنها إلى كراتشي. وحينئذٍ يُعيّن العقدُ موضعَ انتقال الضّمان. فإن لم يُعيّن العقد ذلك، فالبائعُ مكلّفةٌ بتحميل البضائع على نفقته إلى أوّل ميناء، وبه ينتقل الضّمان.

والكلامُ فيه من النّاحية الشّرعيّة مثل الكلام في الاصطلاح السّابق.

٥٤٤ - CIF (Cost, Insurance and Freight)

والمرادُ من هذا الاصطلاح أنّ البائعَ يتحمّل نفقاتِ تأمين المبيع ضدّ أخطار الطّريق زيادةً على نفقاتِ التّحميل والشّحن. وفي هذه الحالة، ينتقل ضمانُ المبيع إلى المشتري حسبَ الأعراف الدّوليّة عند تحميله على الباخرة. أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فيجب التنبّه لأمرين:

الأوّل: أنّ هذا الاصطلاح لايُلزِم البائعَ بشحن المبيعِ على ميناء معيّن، إلاّ إذا كان هناك تصريحٌ بتعيينه في العقد، كما ذكر في Incoterms ولذلك ينبغي للمشتري أن يُعيّنه في اتّفاقيّة البيع، فإنّ انتقالَ الضّمان في ميناءٍ مجهول لايخلو من شكّ.

الثّاني: أنّ تأمينَ البضائع المبيعة ضدّ خطر الطّريق يكون عادةً بعقدٍ تقليديّ محظور،

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّه يتضمن غرراً فاحشاً. وقد حدث هناك شبه إجماع بين العلماء المعاصرين والمجامع الفقهيّة أنّ عقد التّأمين ممنوع شرعاً، فلا يجوز لمسلم أن يدخل فيه.

٥٤٥ السّوكرة والتّأمين البحريّ

وقد كان مثلُ هذا العقد شائعاً في عهد ابن عابدين رحمه الله تعالى باسم "السّوكرة" وقد ذكر صورته وحكمه، فقال:

"جرت العادة أنّ التّجار إذا استأجروا مركباً من حربيٍّ يدفعون له أُجرته، ويدفعون أيضاً مالاً معلوماً لرجلٍ حربيٍّ مقيم في بلاده. يُسمّى ذلك المالُ "سوكرة". على أنّه مهما هلك من المال الّذي في المركب بحرق، أو غرق، أو نهب، أو غيره، فذلك الرّجل ضامنٌ له بمقابلة ما يأخذه منهم. وله وكيلٌ عنهم مستأمنٌ في دارنا، يُقيم في بلاد السّواحل الإسلاميّة بإذن السّلطان، يقبض من التّجار مالَ السّوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيئٌ يؤدّي ذلك المستأمنُ للتّجار بدله تماماً. والّذي يظهر لي أنّه لايحلّ للتّاجر أخذُ بدل الهالك من ماله."

وأطال رحمه الله تعالى في الاستدلال على منعه، ولكنّه قال في الأخير:

"نعم! قد يكون للتّاجر شريكٌ حربيٌّ في بلاد الحرب، فيعقد شريكه هذا العقدَ مع صاحب السّوكرة في بلادهم، ويأخذ منه بدل الهالك، ويرسله إلى التّاجر. فالظّاهر أنّ هذا يحلّ للتّاجر أخذُه، لأنّ العقد الفاسد جرى بين حربيّين في بلاد الحرب. وقد وصل إليه مالُهم برضاهم. فلا مانع من أخذه."[١]

---

(١) ردّ المحتار ٤: ٢٤٣، فقرة ١٩٩٠٣، كتاب الجهاد، فصل في استئمان الكافر

www.besturdubooks.wordpress.com

وحاصلُه أنّه إذا نشأ هذا العقدُ بين حربيّين في دارالحرب، ووصل التّعويضُ إلى مسلمٍ في دارالإسلام، فإنّه يحلّ أخذُه لذلك المسلم. وذكر فيما بعدُ أنّ التّاجرَ المسلم لو كان في دارالحرب، وعقد هذا العقدَ هناك مع حربيّ، ثمّ حصل له البدل (يعني تعويضَ التّأمين) في دارالإسلام من قِبَل مستأمن (كافرفي دارالإسلام) بدون خصامٍ ومرافعةٍ إلى القضاء، فإنّه يحلّ له أخذه.

ولكنّ هذه الفتوى من ابن عابدين رحمه الله تعالى مبنيّةٌ على جواز أخذ مال الحربيّ برضاه، ولو بعقدٍ فاسد. وقد بسطنا الكلامَ على ذلك في آخر مبحث الصّرف، وأنّ مذهبَ الجمهور من حُرمة الرّبوا في دارالحرب هو الرّاجحُ المفتي به عند المتأخّرين من الحنفيّة.

وبناءً على ما ذكرنا، فإنّه لايجوز لمسلم أن يعقد التّأمين بنفسه، ولا أن يأمرَ البائع بذلك. فلو فرضنا أنّ البائعَ حربيّ، وهو الّذي يعقِد التّأمينَ على نفقته، فإنّ اتّفاقيّةَ البيع إن صرّحت باصطلاح CIF فإنّه أمرٌ من قِبَل المشتري أن يعقِدَ البائعُ عقدَ التّأمين قبل أن يُرسل إليه البضائعَ المبيعة. ولايجوز له شرعاً أن يأمر البائعَ بذلك. وقد اقترح بديلٌ للتّأمين باسم التّكافل، وقد جرى العملُ به في عدّة بلاد إسلاميّة، وأجازه بعضُ العلماء المعاصرين وكثيرٌ من الهيئات الشّرعيّة، وبجوازه أفتى مجمع الفقه الإسلاميّ في قراره الصّادر في دورتها العشرين بالرّياض. وليس هذا موضعَ بسط المسئلة. وجملةُ الكلام أنّه لو وُجد بديلٌ للتّأمين بطريقةٍ مقبولةٍ شرعاً، فلا بأس بالاستفادة منه.

وهناك مصطلحاتٌ أخرى لإرسال البضائع المبيعة إلى المشتري، غير المصطلحات

www.besturdubooks.wordpress.com

الّتي ذكرناها، ولكنّ معظمها ترجعُ إلى ماذكرنا من المصطلحات المتّبعة في موضوع تحمّل النّفقات وانتقال الضّمان.

٥٤٦- شراء البضاعة من بلد وبيعُها إلى بلد آخرمباشرة من بلد البائع

ويتفرّع على حصول القبض وانتقال الضّمان أنّ المشتريَ يجوزُ له بعد ما حصل له القبضُ وانتقل إليه الضّمان، أن يبيعَ تلك البضاعةَ إلى ثالث. فقد يحصُل أنّ تاجراً في باكستان مثلاً عنده طلبٌ من السّعوديّة لبضائعَ يستوردها التّاجر الباكستانيّ من يابان. فللوفاء بهذا الطّلب، يحتاجُ إلى أنْ يطلُب البضائعَ من يابان. وفي هذه الحالة يطلبُ من المصدّر اليابانيّ أن يُرسل تلك البضائعَ إلى السّعوديّة مباشرةً، بدلاً من أن يُرسلها إلى باكستان أوّلاً، ثمّ يُرسلَها التّاجرُ الباكستانيُّ إلى السّعوديّة، لأنّ في ذلك تطويلاً للعمليّة، وزيادةً في تكاليف النّقل والشّحن. فهل يجوز ذلك؟

والجواب، على ما يظهر لهذا العبد الضّعيف عفا الله عنه، أنّنا إن اعتبرنا الأعرافَ الدّوليّة المذكورة، فإنّ ضمانَ المبيع ينتقلُ إلى المشتري حينما يُسلّم المصدّرُ البضائعَ إلى الباخرة، وتُعتبر شركةُ الشّحن وكيلةً للمشتري في قبض البضائع، فلو باع التّاجر الباكستانيّ تلك البضائعَ من تاجرٍ سعوديّ، ينبغي أن يجوزَ ذلك، لأنّه بيعٌ بعد القبض الحُكميّ وانتقال الضّمان إليه، فلا يكونُ ربحَ ما لم يضمن. ولكنّ الّذي يظهر أنّ البضائعَ في هذه الحالة في ضمان التّاجر الباكستانيّ إلى أن تصل إلى التّاجر السّعوديّ، ولاينتقل إليه الضّمانُ حتّى يقبضها التّاجر السّعوديّ أو وكيلُه، فلا يجوزُ للتّاجر السّعوديّ أن يبيعَ تلك البضائعَ إلى آخر قبل ذلك، لأنّه يؤدّي إلى البيع قبل القبض.

أمّا إذا كان العقدُ يُصرّح بأنّ الضّمانَ ينتقل إلى التّاجر السّعوديّ فورَ ما يُسلّم التّاجر

www.besturdubooks.wordpress.com

اليابانيُ البضائعَ إلى الباخرة، فإنّه لايجوز، لأنّ الضّمانَ لاينتقل إلى التّاجر الباكستانيّ في مرحلةٍ من المراحل، فلا يجوز له أن يبيعَها إلى آخر، فإنّه يؤدّي إلى البيع قبل القبض وربحِ مالم يضمن.

وبهذا ظهر أنّ ما قد يقع على بضاعةٍ واحدة عدّةُ بيوع متتالية وهي في الطّريق، فإنّ ذلك لايجوز شرعاً. وبهذا ينسدّ باب عقود المضاربات (speculative transactions) الّتي تجري في السّوق الرأسماليّة والّتي تُحدث مفاسد لاتُحصى. والله سبحانه أعلم.

٥٤٧- تكييف فتح الاعتماد في البنك

أمّا البيعُ عن طريق فتح الاعتماد في البنك، فيحتاج إلى تكييف خطاب الاعتماد. وإنّ البنكَ بعقد فتحِ الاعتماد يلتزم أموراً آتية:

١- إصدارُ خطاب الاعتماد، ومنها إدراج شُروط الاعتماد حسبَ تعليمات فاتح الاعتماد، والمراد من شروط الاعتماد الشّروطُ الّتي يتوقّف عليها أداءُ مبلغ الاعتماد إلى المستفيد. وتكون عادةً قد تقرّرت بين البائع والمشتري.

٢- إرسالُ خطاب الاعتماد إلى البائع أو إلى بنكه.

٣- تسلُّم المستندات المرسلة من قبل البائع، وإنّ هذه المستندات تتكوّن من بوليصة الشّحن، والفاتورة. وبوليصة التّأمين إن كان إرسالُها في جملة شروط الاعتماد.

٤- فحصُ تلك المستندات من حيثُ كونُها موافقةً للشّروط والمواصفات المبيّنة في خطاب الاعتماد.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥- إشعارُ المشتري فاتحِ الاعتماد إن وُجدت هناك مخالفاتٌ في المستندات، وسؤالُه هل هو يقبلُ المستندات بالرّغم من مخالفتها للشّروط؟ وهذا ممّا لايجبُ عليه، ولكنّه مخيّرٌ في أن يُشْعِر المشتريَ، أو يرفُض المستندات بدون إشعار المشتري بالمخالفات. والعملُ على أنّ المخالفاتِ إن كانت يسيرةً يرجعُ البنكُ إلى المشتري، وإن كانت جوهريّةً، فإنّه يرفُضها مباشرةً.

٦- فإن وقع إشعارٌ للمشتري بالمخالفات، ولم يقبل المشتري المستنداتِ المخالِفة للشّروط، فعلى البنك إشعارُ البائع أو بنكِه أنّ المستنداتِ غيرُ موافقة للشّروط أو المواصفات، مع تعيين تلك المخالفات. ومن حقّه أن يحتفظ بتلك المستندات إلى أن يحصُلَ على تعليماتٍ من البائع، أو يحصُل على موافقةٍ من المشتري بقبولها، كما يحقّ له أن يردّ تلك المستنداتِ إلى البائع، ويرفض إرسالَ مبلغ الاعتماد (يعني الثّمن)[1]

٧- إرسالُ مبلغ الاعتماد إلى البائع إذا وُجدت المستنداتُ موافقةً للشّروط والمواصفات.

ويتبيّنُ ممّا ذكرنا أنّ العنصرَ الغالب في التزام البنك مُصدرِ الاعتماد هو الالتزامُ بدفعِ مبلغ الثّمن إلى البائع المستفيد عند وفاءه بالتزاماته بإرسال المستندات. وعلى هذا، فإنّ إصدارَ الاعتماد كفالةٌ بأداء الثّمن، ولكنّ طبيعته تختلفُ عن طبيعة الكفالة العاديّة، من حيثُ إنّ الكفالةَ العاديّة تبتني على دَينٍ واجبٍ في ذمّة المكفول عنه، بحيثُ يقول الكفيل: "أنا ضامنٌ للدَّين الواجب في ذمّة فلان." وإنّما يضمن الكفيل عادةً إذا تخلّف المكفولُ عنه عن أداء الدّين. أمّا الاعتمادُ الصّادر من قِبل البنك، فهو

---

(١) UCP (Uniform Customs & Practices) 600 Article 16

www.besturdubooks.wordpress.com

التزامٌ مستقلٌ لاعلاقةَ له بالعقد بين فاتح الاعتماد وبين المستفيد. و إنّ البنكَ ملزمٌ بدفع مبلغ الاعتماد إن وصلت إليه المستنداتُ موافقةً لشروط الاعتماد. وإن كان المشتري يدّعي أنّه غيرُ ملزَم بدفع الثّمن لأمرٍ جرى بينه وبين البائع.(1)

ولكنَ هذا الأمرَ لايُخرجه عن الكفالة والضّمان، وذلك لأنّ كونَه عقداً مستقلاً عن عقد البيع إنّما الغرضُ منه أن لايقع البنك في تدقيق العقد والمفاوضات التي تمّت بين البائع والمشتري، وإنّما المقصودُ من فتح الاعتماد أن يطمئنّ البائعُ بأنّه سيحصُل على ثمن، ويطمئنَّ المشتري بأنّه لايدفعُ الثّمنَ حتّى يتسلّم المستندات الموثّقة. وإنّ كون عقد الاعتماد مستقلاً عن عقد البيع أمرٌ نظريٌّ فقط. ولايحقّ للبائع في حالٍ من الأحوال أن يُطالِب بالثّمن مرّتين: مرّةً من البنك بفضل الاعتماد، ومرّةً من المشتري بفضل عقد بيع، لأنّ البيعَ إن كان بفتح الاعتماد، فإنّ من البيّن أنّ المتعاقدين قد اشترطا أنّ الثّمن إنّما يُسلّم إلى البائع عن طريق البنك الضّامن له. ولهذا، فإنّ جميع خصائص الكفالة موجودةٌ فيه.

ولكنّ عقدَ فتح الاعتماد يتضمّن بعض الخدمات الأخرى سوى الكفالة والضّمان، منها إعدادُ خطاب الضّمان، وبيان الشّروط الّتي يطلُبها فاتح الاعتماد، وإرسالُ الخطاب إلى المستفيد، أو إلى بنكه، والمراسلةُ مع البنك المراسل، وتسلّمُ مستندات الشّحن. وفحصُها حسب المواصفات والشّروط الّتي فُتح بها الاعتماد. وإشعارُ فاتح الاعتماد بوصول المستندات، والحصولُ على قبولٍ منه. وإرسالُ الثّمن إلى المستفيد أو بنكه، وإشعارُ البائع أو بنكه إن لم تكن المستنداتُ موافقةً للشّروط والمواصفات.

---

(1) UCP 600 Article 4

والحفظ عليها إلى أن تأتي تعليمات من المشتري أو البائع. فالكفالة في عقد الاعتماد مصحوبة بعدة خدمات يؤديها البنك لصالح فاتح الاعتماد. وإن في تقديم بعض هذه الخدمات يعمل البنك بصفته وكيلاً للمشتري، مثل تسلّم المستندات وفحصها، وفي بعضها خدمات عامة.

وبما أن فتح الاعتماد يتضمّن كفالة، ووكالة، وتقديم بعض الخدمات الأخرى، فلنبحث حكم كل واحد منها بصفة مستقلّة، حتّى نصل إلى حقيقة العمولة الّتي يتقاضاها البنك من فاتح الاعتماد.

وبما أن العنصر الغالب في إصدار خطاب الاعتماد هو الضّمان أو الكفالة، فلنبدأ بتحقيق حكم العمولة المأخوذة على إصدار خطاب الضّمان، فإن خطاب الضّمان قد يصدر بدون فتح الاعتماد.

٥٤٨ - حكم عمولة إصدار خطاب الضمان

أمّا الكفالة والضّمان، فإن المقرّر في الفقه الإسلاميّ أنه لايجوز أخذ أجرة على الكفالة، فإنّه عقد تبرّع، وليس عقد معاوضة، كالقرض. وقد نقل ابن المنذر رحمه الله تعالى الإجماع على ذلك. فقال في كتاب الإشراف أوّلاً:

"أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنّ الحمالة (وهي الكفالة) بجعل يأخذه الحميل (أي الكفيل) لاتحلّ ولاتجوز."

ولكن قال بعد ذلك:

"واختلفوا في ثبوت الضّمان على هذا الشّرط، فكان الثّوريّ يقول: إذا قال

الرّجل للرّجل: أكفل عنّي ولك ألف درهم، فإنّ الكفالة جائزة، وتردّ إليه الألف درهم...وقال أحمد في مسئلة الكفالة: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحقّ، وقال إسحق: ما أعطاه من شيئ فهو حسن."[1]

وما نقله عن إسحق بن راهويه رحمه الله تعالى يحتمل أنّه يجوز للكفيل أن يأخذ شيئاً من المكفول عنه إذا كان بغير شرط، وإن كان السّياق في أجرة مشروطة، وهو قوله: "إذا قال الرّجل للرّجل: أكفل عنّي ولك ألف درهم" وهذا السّياق أوضح فيما نقله الكوسج المروزيّ رحمه الله تعالى (المتوفى ٢٥١هـ) قال:

"قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: أكفل عنّي ولك ألف درهم، الكفالة جائزةٌ، ويُردّ عليه ألف درهم. قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحقّ. قال إسحق: ما أعطاه من شيئ فهو حسن."[2]

ولكنّ هذه العبارةَ المحتملة من قول إسحاق رحمه الله تعالى لاتقوم أمام حكاية الإجماع. وعلّل بعضُ الفقهاء المنعَ بأنّه رشوة. قال السّرخسيُ رحمه الله تعالى:

"ولو كفل رجلٌ عن رجل بمال على أن يجعل له جُعلاً، فالجُعل باطل. هكذا رُوي عن إبراهيم رحمه الله تعالى، وهذا لأنّه رشوةٌ، والرّشوةُ حرام، فإنّ الطّالبَ ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادةَ مال، فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته."[3]

---

(١) الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ١: ١٢٠ كتاب الحوالة والكفالة

(٢) مسائل الإمام أحمد وإسحق بن راهويه ٦: ٣٠٥٥ فقرة ٢٢٩٩ عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنوّرة

(٣) المبسوط للسّرخسي ٢٠: ٣٢ كتاب الكفالة، باب الكفالة بالمال

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلّل الآخرون المنعَ بأنّه في معنى الرّبا. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"ولو قال اقترِضْ لي من فلانٍ مائة، ولك عشرةٌ، فلا بأس، ولو قال: أكفُل عنّي ولك ألف، لم يجز. وذلك لأنّ قوله: اقترِضْ لي ولك عشرةٌ، جعالةٌ على فعلٍ مباح، فجازت، كما لو قال: إبنِ لي هذا الحائط ولك عشرة. وأمّا الكفالة، فإنّ الكفيل يلزمه الدَّين، فإذا أدّاه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض. فإذا أخذ عوضاً، صار القرضُ جارّاً للمنفعة، فلم يجز."(1)

وقد شرحتُ هذا التّعليل في بحثي على البيع بالتّقسيط بما يأتي:

"ويتّضح هذا بمثال: هب أن زيداً استدان من عمرو مئةَ دولار، وطالبه عمرٌو بكفيل. فجاء خالدٌ يقول لزيد: إنّي أؤدّي عنك دينك الآن، على أن تُعطيني بعد ذلك مئةً وعشرةً، والعشرةُ أجرةٌ على ما قدّمتُه من خدمة الأداء. وجاء بكرٌ يقول لزيد: أنا أكفَل عنك دينَك على أن تُعطيني عشرةَ دولاراتٍ أجرةً على الكفالة، وتكون المئةُ قرضاً عليك إذا اضطررتُ على الأداء فعلاً.

ويلزم القائلين بجواز أجرة الكفالة أن تكون الأجرةُ الّتي يتقاضاها بكرٌ جائزةً، والأجرةُ الّتي يتقاضاها خالدٌ حراماً، مع أنّ خالداً قد بذل ماله فعلاً، وإنّ بكراً لم يفعل شيئاً إلّا الالتزامَ بالبذل عند الأداء، فلو كانت الأجرةُ المطلوبةُ من قِبَل الباذل حراماً، فالأجرةُ المطلوبةُ من قبل الملتزِم أولى بالتّحريم.

وبعبارةٍ أخرى، فإنّ الكفيلَ نفسه، لو اضطرّ إلى أداء الدّين من قِبَل الأصيل، فإنّه لا يجوزُ له أن يطالبَ الأصيلَ إلّا ما دفع فعلاً، ولا يجوز له الزّيادةُ على ذلك لكونها ربا

(1) المغني لابن قدامة ٤: ٣٦٥ باب القرض، قبيل كتاب الرّهن

www.besturdubooks.wordpress.com

محرّماً. فكيف يجوز له أن يطالب الأصيلَ بشيءٍ فيما إذا لم يدفع شيئاً، وإنّما التزم بالدّفع فقط؟"[١]

ولكنَ واقع ما يُعمل به في البنوك أنَّ عمولةَ الضّمان تكون منفردةً مستقلّةً عمّا تتقاضاه البنوكُ الرّبويّة من الفائدة إذا سدّدت البنوك دَينَ المكفول عنه، بمعنى أنّها لو أدّت الدّين بموجَب الكفالة، فإنّ العمولةَ الّتي أخذتها عند الكفالة لاتدخُل في الفوائد الّتي تتقاضاها من المكفول عنه، بل تُوجِب الفائدةَ حينئذٍ كما تتقاضاها على أيّ قرض، ولاتُعتبر العمولةُ جزءً من الفائدة على القرض، بل هيَ عمولةٌ مستقلّةٌ على تقديم الضّمان.

وبعبارةٍ أخرى، إنّ العُرف في عمولة الضّمان أنّها لاتُعتبر عوضاً عمّا سيدفع الضّامنُ عن المكفول عنه، فإنّ الضّامن يتقاضاها في كلّ حال، ولو سدّد المديون المكفول عنه دينَه بنفسه، ولم يحتج الدّائنُ إلى دفع شيئ عنه، بمعنى أنّه لم يُقرضه شيئاً. وإن احتاج إلى الدّفع عنه والرّجوع إليه بما أدّى، فالضّامنُ المرابي يتقاضى عليه فائدةً مستقلّة، دون النّظر إلى العمولة الّتي تقاضاها لقاءَ الكفالة.

ومن هنا يظهر أنّ العمولةَ ليست بدلاً عن الإقراض، حتّى تكون داخلةً في الرّبا. ولعلّ السّرخسيّ رحمه الله تعالى لم يُعلّل منعَها بكونها رباً، بل جعلها رشوةً. وذلك لأنّ الكفالةَ عقدُ تبرّعٍ في الشّريعة، وليست عقدَ معاوضة.

ولعلّ هذا النّظر أدّى بعض المعاصرين إلى الإفتاء بجواز الأجرة على الضّمان في زماننا على أساس الحاجة العامّة. فقال أخونا الفاضل العلاّمة الدكتور وهبه الزّحيليّ

---

(١) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، أحكام البيع بالتقسيط: ١: ٢٢ و٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

حفظه الله تعالى في كتابه القيّم: "الفقه الإسلامي وأدلته":

" الكفالةُ عقدُ تبرّعٍ، وطاعةٌ يُثاب عليها الكفيلُ، لأنّها تعاونٌ على الخير، وللكفيل الرّجوعُ على المكفول عنه بما تحمّله من مسؤوليّة الضّمان، إذا دفعه لصالح الجهة المكفول لها. والأولى أن تتمّ تبرّعاً بدون مقابل، فذلك أبعدُ عن الشُّبهة. ولو قام المكفولُ له بتقديم شيءٍ من المال للكفيل هبةً أو هديّةً، جاز، جزاءَ المعروف الّذي أسداه له الكفيلُ. لكن إن شرط الكفيلُ تقديمَ مقابلٍ أو أجرٍ على كفالته، وتعذّر على المكفول عنه تحقيقُ مصلحته من طريق المحسنين المتبرّعين، جاز دفعُ الأجر للضّرورة أو الحاجة العامّة، لما يترتّب على عدم الدّفع من تعطيل المصالح، كالسّفر للخارج للدراسة أو للارتزاق، أو لتأجيل الجنديّة ونحوها. وأساسُ القول بالجواز فيه: أنّ الفقهاء أجازوا دفعَ الأجر للحاجة لأداء القُرُبات والطّاعة من تعليم قرآن وممارسة الشّعائر الدّينيّة. كما أنّهم أجازوا دفع شيءٍ من المال على سبيل الرّشوة للوصول إلى الحقّ، أو دفع الظّلم، أو الدّفع لعدوّ لدرء خطره وضرره عن البلاد. والمكفولُ عنه يحقّق بالكفالة منفعةً له تتعيّن الكفالةُ المأجورةُ سبيلاً إليها. لكن يجب عدمُ الاستغلال أو المغالاة في اشتراط المقابل، مراعاةً لأصل مشروعيّة الكفالة وهو التّبرّع."[1]

وقد طُرحت المسألةُ في عدّة مجامعَ وندوات، وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، ففرّق بين حالتين:

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥: ١٦٦ آخر فصل "الكفالة"

www.besturdubooks.wordpress.com

الأولى: أن يقدّم المكفولُ عنه مبلغَ الكفالة إلى الكفيل (وهو البنك في مسئلتنا) عند إصدار خطاب الضّمان، وهو الّذي يُسمّى "غطاء"، وفي هذه الحالة، جعل القرار البنكَ وكيلاً لإبلاغ المبلغ إلى المكفول له، وأجاز أخذَ الأجرة على ذلك على أنّه أجرةُ الوكالة.

والحالةُ الثانية: أن لايقدّم المكفول عنه مبلغَ الكفالة إلى البنك، ففي هذه الحالة هو ضمانٌ محضٌ لايجوزُ أخذ الأجرة عليه، إلاّ التكاليف الفعليّة لإصدار خطاب الضّمان. ونصُّ القرار ما يأتي:

"١- أنّ خطاب الضّمان بأنواعه الابتدائيّ والانتهائيّ لا يخلو إمّا أن يكون بغطاءٍ أو بدونه، فان كان بدون غطاءٍ، فهو: ضمُّ ذمّة الضّامن إلى ذمّة غيره فيما يلزمُ حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقةُ ما يُعنى في الفقه الإسلاميّ باسم: (الضّمان) أو (الكفالة).

وإن كان خطابُ الضّمان بغطاءٍ، فالعلاقةُ بين طالبِ خطاب الضّمان وبين مُصدِرِه هي (الوكالةُ) والوكالةُ تَصِحُّ بأجرٍ أو بدونه مع بقاء علاقةِ الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

٢- أنّ الكفالةَ هي عقدُ تبرُّعٍ يُقصَد للإرفاق والإحسان، وقد قرّر الفقهاءُ عدمَ جوازِ أخذِ العوض على الكفالة، لأنّه في حالة أداء الكفيل مبلغَ الضّمان يُشبهُ القرضَ الّذي جرّ نفعاً على المقرِض، وذلك ممنوعٌ شرعاً.

ولذلك فإنّ المجمع قرّر ما يلي:

أولاً: أنّ خطابَ الضّمان لا يجوز أخذُ الأجر عليه لقاءَ عمليّةِ الضّمان (والّتي

يُراعى فيها عادةً مبلغُ الضّمان ومدّته)، سواءٌ أكان بغطاءٍ أم بدونه.

ثانياً: أمّا المصاريفُ الإداريةُ لإصدار خطاب الضّمان بنوعيه فجائزةٌ شرعاً، مع مراعاة عدم الزّيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاءٍ كلّيٍّ أو جزئيٍّ، يجوز أن يُراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضّمان ما قد تتطلّبه المهمّةُ الفعليّةُ لأداء ذلك الغطاء. والله أعلم.[1]

وحاصلُ هذا القرار أنّ خطابَ الضّمان بدون غطاء لايجوز أخذ العمولة عليه، ويجوز تقاضي المصاريف الفعليّة.

٥٤٩- حكم الضّمان المغطّى

أمّا إذا قدّم العميلُ (المكفول عنه) غطاءً، (يعني قدّم إلى البنك مبلغَ الدَّين الّذي كفل به البنك)، ويُسمّى الضّمان حينئذٍ "الضّمان المغطّى"، فإنّ العقد بينه وبين البنك، على ما أخذت به عدّةُ ندواتٍ عُقدت في هذا الموضوع، عقدُ وكالةٍ يجوز للبنك أخذ الأجرة عليها. ولكنّ إطلاقَ القول بأنّ الضّمان المغطّى عقد وكالة، يحتاج إلى دقّةٍ أكثر من النّاحية الفقهيّة، فإنّ فيه تفصيلاً نذكره فيما يأتي.

قد ذكر الفقهاءُ حكمَ ما إذا دفع المكفولُ عنه مبلغَ الكفالة إلى الكفيل قبل أن يدفع الكفيلُ إلى الدّائن الدّينَ المكفولَ به. وفرّقوا بين حالتين:

٥٥٠- حكم أخذ الغطاء على وجه الاقتضاء

الحالةُ الأولى: أن يكون أخذُ الكفيل من المكفول عنه على وجه الاقتضاء، (بمعنى أنّ

(١) قرار رقم ٥ بشأن خطاب الضّمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الثاني ص ١٢٠٩ و ١٢١٠.

www.besturdubooks.wordpress.com

الكفيلَ قبضَ ما يحقّ له المطالبةُ به من المكفول عنه عند قضاء الكفيلِ الدَّينَ إلى الدائن)، والثّانية: ما إذا أخذه على وجه الرّسالة، (بمعنى أنّ المكفولَ عنه جعل الكفيلَ رسولاً ليبلّغ دينه إلى الدائن)

فأمّا إذا قبضه الكفيلُ على وجه الاقتضاء، فإنّه يملكُ هذا المبلغَ عند الحنفيّة، وفي الظّاهر من مذهب المالكيّة، وهو مضمونٌ عليه، بحيثُ إن هلك في يده، ضَمِنه، بمعنى أنّه يجب عليه أن يدفعه إلى الدائن، وإلى المكفول عنه إن أبرأه الدائن. وإن كان ما دفعه المكفولُ عنه نقداً، واستثمرَه الكفيلُ لصالحه قبل أن يؤدّيَ الدّينَ إلى الدائن، كما صرّح به الحنفيّة، وهو قياسُ قول المالكيّة أيضاً. وهو وجهٌ عند الشّافعيّة.

أمّا مذهبُ الحنفيّة، فنذكره عن صاحبِ الهداية بشيئ من تفسيره بين القوسين من عندنا، وهو مأخوذٌ من شروحه:

"ومن كفل عن رجلٍ بألفٍ عليه بأمره، فقضاه (يعني قضى المديونُ الكفيلَ) قبل أن يُعطيَه (يعني قبل أن يُعطيَ الكفيلُ المالَ) صاحبَ المال (يعني الدائنَ المكفولَ له)، فليس له أن يرجع فيها (يعني: ليس للمديون أن يستردّ ما دفعه إلى الكفيل) لأنّه تعلّق به حقُّ القابض (يعني الكفيل) على احتمال قضاءه الدّين (يعني أنّ الكفيلَ إذا أدّى الدّينَ إلى الدائن بحكم الكفالة، فإنّه يحقّ له أن يُمسِك هذا المبلغ الّذي قبضه من المكفول عنه، فتعلّق به حقّه لهذا الاحتمال) فلاتجوز المطالبةُ (يعني لايجوز للمديون أن يُطالب

www.besturdubooks.wordpress.com

باسترداد هذا المبلغ من الكفيل) ما بقي هذا الاحتمال.[1] كمن عجّل زكاته ودفعها إلى السّاعي (فلا يجوز له الاسترداد قبل تمام الحول، لأنّه تعلّق به حقُّ السّاعي لاحتمال أن يتمّ الحول) ولأنّه ملكه بالقبض على ما نذكر (وهو أنّه حصل للكفيل حقُّ مطالبة المديون بمجرّد الكفالة.[2] وإن كانت المطالبةُ أُجّلت إلى أن يدفع الكفيلُ الدَّين إلى الدّائن، فصار كدَينه المؤجّل على المديون. ولو أدّى المديونُ الدَّين المؤجّل قبل حلوله، ملكه الدّائن، فكذا إذا عجّل المديونُ إلى الكفيل.)

وأمّا مذهبُ المالكيّة، فقد جاء في المدوّنة الكبرى:

"قلتُ: أرأيت لو أنّ رجلاً تكفّل بمالٍ عليّ، فدفعتُه إلى الكفيل، فضاع من الكفيل، أيكونُ الكفيلُ فيه مؤتمناً، أم يكونُ ذلك اقتضاءً؟ قال: لم أسمع من مالكٍ فيه شيئاً. قال: وأرى إذا كان ذلك من الكفيل على وجه الاقتضاء منه له، فأراه من الكفيل. قلت: عروضاً كانت الكفالةُ أو ذهباً، أو ورِقاً، أو غير ذلك، فكلُّ ذلك سواءٌ؟ قال: نعم."[3]

وأمّا مذهبُ الشّافعيّة، فقد ذكره النّوويّ رحمه الله تعالى بقوله:

---

(١) وذكر ابن الهمام رحمه الله تعالى في الفتح ٦: ٣٣٠ أنّه يجوز للمديون مطالبة الاسترداد (قبل أن يكون الكفيل دفع إلى الدّائن) عند مالك وأحمد وفي وجه للشّافعي رحمهم الله تعالى جميعاً

(٢) وبه قال الحنابلة في وجه يظهر رجحانه عند ابن قدامة رحمه الله تعالى (راجع المغني ٥: ٩٠ و ٩١)

(٣) المدوّنة الكبرى، كتاب الكفالة والحمالة، ٤: ١٢١ و ١٢٢

"ولو دفعه الأصيلُ ابتداءً بلا مطالبة، فإن قلنا يملكه، فله التصرفُ فيه، كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجّلة، لكن لا يستقرّ ملكُه عليه، بل عليه ردُّه، ولو هلك عنده، ضمنه كالمقبوض بشراء فاسد."[1]

وعلى هذا، لو دفع العميلُ الغطاءَ إلى البنك على وجه الاقتضاء، وهو الظاهرُ من التعاملات المصرفيّة، فلا ينقلبُ العقد بسبب الغطاء إلى الوكالة، بل هو قضاءٌ لما سيجب على العميل بعد ما يدفعُ البنكُ الدَّينَ إلى الدائن. فلا يصحّ تكييفُه على أساس الوكالة، بل هو ضمانٌ محض، ويطيبُ للبنك ما يربحُ باستثمار هذا المبلغ. ولكنّ العمولةَ التي يتقاضاها البنكُ في هذه الحالة ليس فيها شبهةُ الربوا، لأنّ البنكَ الكفيلَ لا يُقدِّم قرضاً إلى المكفول عنه في هذه الصورة، فلا يُمكن أن يُقال: إنّه زيادةٌ على القرض. فيُمكن تخريجُه على أساس أجرة الأعمال الإداريّة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

٥٥١ــ أخذ الغطاء على وجه الرسالة

والحالةُ الثانية: أن يقبض الكفيلُ مبلغَ الغطاء على وجه الرسالة. وفي هذه الحالة يجوز أن يُسمّى العقدُ وكالةً، بأنّ العميلَ وكّل البنكَ لدفع هذا المبلغ إلى دائنه، وقد أجازه الفقهاءُ بشرط أن يكون ما دفعه المكفولُ عنه أمانةً بيد الكفيل. قال النوويّ رحمه الله تعالى:

"ولو دفعه إليه وقال: اقض ما ضمنتَ عنّي، فهو وكيلُ الأصيل، والمالُ أمانةٌ في يده."[2]

---

(١) روضة الطّالبين، كتاب الضمان ٤: ٢٦٥

(٢) روضة الطّالبين، كتاب الضّمان ٤: ٢٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال صاحب الهداية بعد ذكر حكم القبض على وجه الاقتضاء:

"بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة، لأنه تمحض أمانةً في يده."[1]

وقال البابرتي رحمه الله تعالى تحت الفقرة الأخيرة:

"وإذا قبضه على وجه الرّسالة، فالرّبح لايطيب له في قول أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى، لأنّه ربحٌ من أصلٍ خبيث. وفي قول أبي يوسف يطيب، لأنّ الخراج بالضّمان. أصله المودَع إذا تصرّف في الوديعة وربح، فإنّه على الاختلاف."

فإن قلنا: إنّ البنك قبض المبلغ على وجه الرّسالة، بأنّ المديون وكّله بإبلاغ هذا المبلغ إلى الدائن، فالمبلغُ المقبوض أمانةٌ لديه. ولكنّ البنك يخلطه بأمواله الأخرى، ويتصرّف فيه بالاستثمار، وقد ذكرنا عن البابرتي رحمه الله تعالى أن الرّبح لايطيب له في هذه الحالة عند الإمام أبي حنيفة ومحمّد إن كان الخلطُ بغير إذن من المالك،[2] ويطيب عند الإمام أبي يوسف.[3]

ولكنّ ما قاله البابرتي رحمه الله متعلّقٌ بما إذا تصرّف فيه الكفيل بغير إذنٍ من المديون، لأنّ تصرّفه فيه حينئذ غصب. أمّا إذا خلطه بأمواله بإذنه، فإنّه ينقلبُ إلى شركة ملكٍ مع الكفيل،[4] فينبغي أن يتقاسما ربحه بالنسبة والتناسب، ولايكونُ مبلغُ

---

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٦: ٣١٩ إلى ٣٢١ ومثله في بدائع الصنائع، كتاب الكفالة ٥: ٥ و ٦

(٢) وهو قياس قول الحنابلة و القول القديم للشافعي.

(٣) وهو قياسُ قول المالكيّة والقول الجديد للشافعيّ رحمهم الله تعالى جميعا، وذلك حسبما فصّلنا في القسم الرابع من المال المكتسب بالحرام.

(٤) ردّالمحتار، كتاب الإيداع ٥: ٦٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الغطاء مضموناً على الكفيل.

فالغطاءُ المدفوع إلى البنكِ الكفيل إن كانَ على وجه الرّسالة، ومع إذنٍ من العميل بالخلط، فإنّه يُمكن تخريجُه على أساسِ أنّه أمانةٌ ابتداءً، وشركةٌ انتهاءً، وذلك بسبب خلطِ البنك إيّاه مع سائر أمواله بإذن المكفول له. أمّا إذا اعتبرنا أنّ العميلَ لم يأذن له بالخلط، فإنّه أمانةٌ ابتداءً، ومضمونٌ انتهاءً.

و ربّما يُظَنّ أنّ من المعلوم عند الجميع أنّ البنكَ يخلطُ الغطاء المدفوع إليه بأمواله ويتصرّف فيه، فإنّ تقديمَ الغطاء مع هذا العلم ينبغي أن يُعتبر إذناً من العميل بالخلط. ولكنّ الظّاهرَ هُنا أنّ مجرّدَ العلم بذلك لا يُفيد الإذن، لأنّ مَن يُقدّم غطاءً إلى البنك، فإنّه لا يرضى بأن يصيرَ البنكُ شريكاً له، و بأن لايكون ضامناً لهذا المبلغ. ولو علِم ذلك، لم يأذن له. فالواقعُ أنّ الخلطَ من البنك وتصرّفه فيه ليس بإذنٍ من العميل المكفول عنه، فيصيرُ كأنّه أقرض البنكَ هذا المبلغ. والعمولةُ في هذه الحالة مشابهةٌ لما ذكرناه في مسئلة عمولة الحوالة البريديّة، من أنّه مقابلٌ للأعمال الإداريّة الّتي يقوم بها البنك.

وظهر من هذه الدّراسة أنّ العمولةَ الّتي يتقاضاها البنكُ لإصدار خطاب الضّمان تخريجُه في كلتا الحالتين أنّها مُقابلةٌ للأعمال الإداريّة الّتي يقوم بها البنك، فينبغي أن تكونَ أجرةَ مثلٍ لمثل هذه الأعمال، وسيأتي الكلامُ فيه عند الكلام على الضّمان غير المغطّى إن شاء الله تعالى.

ثمّ إنّ البنوكَ الرّبويّة، فإنّها تستفيدُ بالغطاء المقدّم من طالب خطاب الضّمان بطريقٍ غير مشروعٍ، وهو الإقراضُ بالفائدة، ولكنّ ذلك على ذمّتها. وأمّا البنوكُ الإسلاميّة، فينبغي

www.besturdubooks.wordpress.com

لها أن تُعطي الخيار للعميل: إمّا أن يجعلها قرضاً فيستفيد بها البنك باستثمار شرعي، ويكون مضموناً عليه، ويطيب له ربحه. وإمّا أن يُدخلها في حساب المضاربة، فيكونُ الرِّبحُ للعميل المكفول عنه بالنسبة والتناسب، والخسرانُ عليه بقدر ما دفع.

٥٥٢- خطاب الضمان غير المغطّى

أمّا إذا كان خطابُ الضمان غيرَ مغطّى، فإنه كفالةٌ فقط. وقرّر المجمعُ على مذهب الجمهور أنّه لايجوز أخذُ العمولة عليه. ولكنّ الذي لايجوز أخذُ العمولة عليه هو الضّمانُ نفسه، وهو الذي يجب أن يكون تبرّعاً. أمّا إصدارُ خطاب الضّمان، فليس من واجبات الكفيل، ولا أن يقوم بكتابته وإصداره تبرّعاً، فيجوز أن يتقاضى على ذلك أجرة. والأصلُ أن لايتجاوز أجرَ مثل الكتابة. فلا ينبغي أن تكون العمولةُ مرتبطةً بمبلغ الضّمان. ولقائلٍ أن يقول: إنّه ينطبق عليه ما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى في أجرة كتابة الصكّ حيث قال:

"للقاضي أن يأخذ ما يجوز لغيره، وما قيل: في كلّ ألفٍ خمسةُ دراهم لانقول به، ولايليق ذلك بالفقه. وأيُّ مشقّة للكاتب في كثرة الثّمن، وإنّما أجرُ مثله بقدر مشقّته، أو بقدر عمله في صنعته أيضاً، كحكّاكٍ وثقّاب يستأجر بأجر كثير في مشقّة قليلة. انتهى. قال بعض الفضلاء: أفهم ذلك جواز أخذ الأجرة الزّائدة، وإن كان العملُ مشقّته قليلة، ونظرُهم لمنفعة المكتوب له. انتهى. قلت: ولايخرج ذلك عن أجرة مثله، فإنّ من تفرّغ لهذا العمل، كثقّاب اللآلي مثلاً لايأخذ الأجرَ على قدر مشقّته، فإنّه لايقومُ بمؤنته، ولو ألزمناه ذلك، لزم ضياع هذه الصّنعة. فكان ذلك أجرَ مثله."[1] كما قدّمناه في مسئلة الحوالة البريديّة.

---

(١) الدر المختار مع ردّ المحتار، كتاب الإجارة، مطلب في أجرة صكّ القاضي والمفتي ٦: ٩٢

ولكنّ الّذي يظهر أنّ هذه الفكرة إنّما يؤخذ بها إذا لم يؤدّ إلى الرّبوا، وإلاّ فللمُقرِض أن يقول: ليس عليّ إلاّ الإقراض. أمّا كتابةُ وثيقة القرض، والأعمالِ الإداريّة لإجراء القرض، فليس ممّا أتبرّع به، فآخذ أجرة الكتابةِ والأعمال الإداريّة مرتبطةً بمبلغ القرض. وفسادُ هذا القول ظاهر، فلا يجوز ربطُ أجرةِ كتابةِ وثيقة القرض قياساً على أجرة الحكّاك والقبّاب، لأنّه يستلزم ربواً.

فالنّظرُ في مسئلة إصدار خطاب الضّمان يدورُ على علّةِ منع الأجرة على الضّمان، فإن كانت العلّةُ أنّه يستلزم الرّبوا، فلا يجوزُ ربطُ عمولة إصدار الخطاب بمبلغ الضمان. وإن كانت العلّةُ الرّشوة، وأنّه عقدُ تبرّع، كما ذكره السّرخسيّ رحمه الله تعالى، فيُمكن أن يُقاس على أجرةِ الصّكّ الّذي يكتبه القاضي. و ذكرنا فيما سبق أنّ الظّاهرَ من عُرف اليوم أنّ العلّة الثّانية راجحة، وذلك لأنّه ليس هناك قرضٌ للكفيل على المكفول عنه حينما يدفعُ عمولةَ إصدار خطاب الضّمان، وقد أسلفنا أنّ العُرف في عمولة الضّمان أنّها لاتُعتبر عوضاً عمّا سيدفع الضّامنُ عن المكفول عنه، فإنّ الضّامنَ يتقاضاها في كلّ حال، ولو سدّد المديونُ المكفولُ عنه دينَه بنفسه، ولم يحتج الدّائن إلى دفع شيئ عنه. بمعنى أنّه لم يُقرضه شيئاً. وإن احتاج إلى الدّفع عنه والرّجوع إليه، فالضّامن المرابي يتقاضى عليه فائدةً مستقلّة، دون النّظر إلى العمولة الّتي تقاضاها لقاء الكفالة. ومن هنا يظهر أنّ العمولةَ ليست بدلاً عن الإقراض، حتّى تكون داخلةً في الرّبا. ولعلّ السّرخسيّ رحمه الله تعالى لم يُعلّل منعَها بكونها رباً، بل جعلها رشوةً من أجل هذا المعنى، وذلك لأنّ الكفالةَ عقدُ تبرّع في الشّريعة، وليست عقد معاوضة.

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى هذا التعليل ينطبقُ مسئلة الضمان على أجرة القاضي والمفتي، لأنّ القضاءَ والإفتاءَ أصلُهما أن يكونا حِسبة، ولايجوز أخذ الأجرة عليهما، ولكن يجوز أخذُ الأجرة على كتابة صكّ القضاء والفتوى بقدر أجر المثل. وقد أجيز ربطُ أجرة صكّ القضاء بالمبلغ قياساً على أجرة الثقّاب في العبارة المذكورة لابن عابدين رحمه الله تعالى. هذا ما ظهر لي وإنّما عرضتُه هنا لينظر فيه العلماء المعاصرون، فإنّ المسئلة خطيرةٌ من جانب، لأنّ منعَ أجرة الضمان محلُّ الإجماع أو شبهه، وفي جانب آخر، هناك حاجةٌ حقيقيّةٌ للتّجارة المعاصرة لاتكاد تُسدّ بالكفالة المجانيّة، فتحتاج المسئلةُ إلى نظر دقيق ورعايةٍ للجانبين، والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الموفق للصواب.

٥٥٣ـ الخدمات الأخرى في فتح الاعتماد

هذا كلّه بالنّسبة لخطاب الضّمان. وإنّ فتحَ الاعتماد، وإن كان العنصرُ الغالب فيه نوعاً من الضّمان، ولكنّه يشتمل على بعض الخدمات الأخرى أيضاً، منها إعدادُ خطاب الضّمان، وبيانُ الشّروط الّتي يطلّبها فاتحُ الاعتماد، وإرسالُ الخطاب إلى المستفيد أو إلى بنكه، والمراسلةُ مع البنك المراسل، وتسلّمُ مستندات الشّحن، وفحصُها حسب المواصفات والشّروط الّتي فُتح بها الاعتماد، وإشعارُ فاتح الاعتماد بوصول المستندات، والحصولُ على قبول منه، وإرسالُ الثّمن إلى المستفيد أو بنكه، وإشعارُ البائع أو بنكه إن لم تكن المستنداتُ موافقةً للشّروط والمواصفات، والحفاظُ عليها إلى أن تأتيَ تعليماتٌ من المشتري أو البائع.

فالكفالة في عقد الاعتماد مصحوبةٌ بعدّة خدماتٍ يؤدّيها البنك لصالح فاتح الاعتماد. وإنّ في تقديم بعض هذه الخدمات يعملُ البنك بصفته وكيلاً للمشتري،

www.besturdubooks.wordpress.com

مثل تسلّم المستندات وفحصها، وبعضُها خدماتٌ عامّةٌ، مثلُ المراسلة مع المستفيد أو بنكه. وإنّها خدماتٌ يجوزُ أخذ الأجرة عليها. فأجرة فتح الاعتماد تُمثّل أجرة جميع هذه الخدمات، وإنّها جائزةٌ شرعاً.

٥٥٤ـ تكييف الغطاء في خطاب الاعتماد

وهذا إذا كان فتحُ الاعتماد بدون غطاء، أو بغطاء جزئي. أمّا إذا فُتح الاعتماد بغطاء كلّي (With Full Margin) بمعنى أنّ فاتحَ الاعتماد دفع إلى البنك مبلغَ الاعتماد بكامله، فهناك يأتي السؤال الخامس من الأسئلة التي ذكرناها في موضوع التّجارة عن طريق البنك. وهو: ماهو تكييفُ الغطاء المقدّم من فاتح الاعتماد إلى البنك المصدر؟

والجوابُ عن هذا السؤال أنّه ينطبق عليه وعلى المبلغ الّذي دُفع من قبل العميل ما ذكرناه في غطاء خطاب الضّمان، بمعنى أنّه إمّا اقتضاءٌ من قِبَل البنك المبلغَ المكفول به قبل أداءه إلى الدّائن، وإمّا مبلغٌ دُفع إلى البنك ليُرسله إلى البائع. وقد تكلّمنا على كلتا الحالتين بتفصيل فيما سبق. وكذلك العمولة الّتي يتقاضاها البنك ينطبق عليه ماذكرنا هناك.

٥٥٥ـ البنك المراسل وعمولته

والسّؤال السّادس: ماهو تكييف دَور البنك المراسل؟ والبنكُ المراسل إنّما يُحتاج إليه لأنّ المستفيد من الاعتماد يكون غالباً في دولةٍ غيرِ دولة البنك المصدر للاعتماد. وإنّ البنكَ المُصدر، وإن كان يمكن له أن يتواصل مع المستفيد مباشرة،

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّه يسهُل له أن يتواصل معه عن طريق بنك معروف في دولة المستفيد. وإنّ هذا البنك يُسمّى "البنك المراسل". وإنّ البنك المُصدر يُشعِره بأنّه قد فتح عنده الاعتماد على طلبٍ من المشتري لصالح البائع المستفيد بشروط مذكورة في الإشعار. ثمّ هذا البنكُ يُشعر البائع المستفيد بأنّ البنك الفلانيّ في البلد الفلانيّ قد فتح الاعتماد لصالحه، ويخبره بشروطه. ثمّ لمّا يشحنُ البائعُ البضائع، فإنّ البنك المراسل هو الّذي يتسلّم منه مستندات الشّحن، ويُرسلها إلى البنك المُصدر.

وإنّ دور "البنك المراسل" في هذه العمليّة حسب القانون هو دور وكيل البنك المُصدر.[1] فالعمولةُ الّتي يتقاضاها البنك المراسل أجرةُ الوكالة، وهي جائزةٌ شرعاً.

هذا إذا كان البنكُ المراسل مراسلاً فقط. وقد يُطلب منه البنك المصدر أن يُعزِّز الاعتماد الّذي أصدره المُصدر. فإن قَبِل ذلك البنكُ المراسل، فإنّه يُسمّى "البنك المعزِّز" (Confirming Bank) وحينئذ هو الّذي يدفعُ مبلغَ الاعتماد إلى المستفيد حينما يتقدّم إليه بمستندات الشّحن. وفي هذه الحالة تُضاف إليه مسئوليّاتُ فحص المستندات، ودفعُ مبلغ الاعتماد. أمّا فحصُ المستندات، فإنّها مضافةٌ إلى الخدمات المنوطة به بصفته وكيلاً. وأمّا مسئوليّةُ دفع مبلغ الاعتماد، فإنّها بصفة كونه كفيلاً عن البنك المصدر. فتجتمعُ فيه صفتان: صفةُ الوكيل، وصفةُ الكفيل، كما اجتمعت في البنك المصدر، ويجري فيه كلُّ ما ذكرنا في تكييف صفة البنك المصدر، والعمولة الّتي يتقاضاها.

---

(١) Raymond Jack: "Documentary Credits" chapter 6, Para 6.4

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٥٦- حكم البيع والشراء عن طريق فتح الاعتماد

والسؤال السابع: هل يجوزُ البيعُ أو الشراءُ عن طريقِ فتح الاعتماد؟ وجوابه يختلفُ بالنسبة للبائعِ والمشتري. أمّا حكمُه في حقِّ البائع، ففي ضوء ما ذكرناه من تكييف فتح الاعتماد، فإنّ دورَ البائع في فتح الاعتماد لايتجاوز من أنّه يطلُب كفيلاً من المشتري بأداء الثّمن، وهو الّذي يُطالِب الكفيلَ بأداءه عند ما يتسلّم مستندات الشّحن. ولا علاقةَ له بما يجري بين المشتري وكفيله (وهو البنك المُصدر). فليس هناك محظور شرعيٌ في أن يُطالِب المشتريَ بفتح الاعتماد قبل أن يشحن البضاعة إليه.

غايةُ ما في الباب أنّه إن طالَب الكفالة قبل إنجاز البيع الفعليِّ، فإنّه يكونُ مثلَ الكفالة بالدّرك، وهي جائزةٌ شرعاً. وكذلك ليس هناك محظورٌ شرعيٌ في تسلّم الثّمن من البنك المُصدر أو من بنكه المراسل.

أمّا بالنسبة للمشتري، فإنّه إن طلب فتح الاعتماد بدون غطاء، بمعنى أنّه لم يُقدّم مبلغَ الاعتماد إلى البنك عند فتح الاعتماد، فالعادةُ في البنوك الربويّة أنّها تؤدّي الثّمنَ للبائع عند وصول المستندات. ثمّ تُطالِبُ المشتريَ بذلك المبلغ، وتتقاضى الفائدةَ الربويّة من المشتري للفاصل الزّمنيِّ بين أداءها للثّمن وبين تسلّمه من المشتري. فمثلاً، لو وصلت المستندات وتمّ فحصها من قبل البنك، ووجدها موافقةً للشّروط، فأرسل الثّمنَ إلى البائع مباشرةً أو بواسطة البنك المراسل ليوم الجمعة. ثمّ سدّد المشتري هذا الثّمن للبنك يوم الاثنين، فإنّ البنك يتقاضاه فائدةَ ثلاثة أيام. وبهذا يدخل فاتحُ الاعتماد في تعاملٍ ربويٍّ محظور. فلايجوز له فتح الاعتماد في هذه الحالة.

أمّا إذا فتحَ الاعتماد بغطاءٍ كاملٍ، بمعنى أنّه دفعَ كاملَ مبلغ الاعتماد إلى البنك قبل أن يقع

www.besturdubooks.wordpress.com

أداء الثّمن منه، فليس هناك تعاملٌ ربويّ. بقيَ الآن ما يدفعه إلى البنك عمولةً لفتح الاعتماد، وينطبق عليه ما ذكرناه في حكم عمولة فتح الاعتماد. والظّاهرُ أنّه أجرةٌ لخدماتٍ يقدّمها البنك لصالح المشتري، ولا تتمحّض هذه الأجرةُ للكفالة الّتي يقدّمها إلى البائع، فهو جائز إن شاء الله تعالى.

٥٥٧- حكم تظهير الكمبيالة

كلُّ ما ذكرنا فيما سبق متعلّقٌ بما إذا كان البيعُ عن طريق فتح الاعتماد حالًّا، بمعنى أنّه يجب دفعُ الثّمن فورَ تسلّم المستندات. أمّا إن كان البيع مؤجّلاً، فقد ذكرنا عند شرح عمليّة التّجارة فيما بين البلدان أنّ المشتريَ بعد ما يتسلّم المستنداتِ يوقّع على الفاتورة المرسلة من قبل البائع إشعاراً بقبول تلك الفاتورة، والتزاماً منه بدفع الثّمن المذكور في الفاتورة في التّاريخ المحدّد في الاعتماد. وإنّ الفاتورةَ الموقّعة من قبل المشترى تُسمّى كمبيالة (Bill Of Exchange) وحينئذٍ لايدفعُ البنكُ مبلغَ الاعتماد للبائع فورَ تسلّمه للمستندات، ولكنّه يدفعُ إلى المشترى مستنداتِ الشّحن بعد أخذ توقيعه على الكمبيالة، ليتمكّن المشترى من الحصول على البضائع من الميناء. ويلتزم البنك بدفع مبلغِها إلى المستفيد في تاريخٍ لاحقٍ محدّدٍ في الاعتماد. وحلول هذا التّاريخ يُسمّى "نُضج الكمبيالة" (Maturity of the Bill) وعند نُضج الكمبيالة يلزَم البنكُ بدفع مبلغ الاعتماد، ويرجعُ على المشترى بذلك المبلغ.

وفي هذه الحالة يُسمّى الاعتمادُ "الاعتماد المؤجل" (Usance L/C) وإنّ البائعَ في هذه الحالة قد يُريد أن لاينتظرَ نُضج الكمبيالة، بل يُريد أن يحصُل على الثّمن فوراً، ليتمكّن من الاستمرار في عمليّاته الأخرى، فيُقدّم هذه الكمبيالةَ إلى بنك، سواءٌ أكان

www.besturdubooks.wordpress.com

البنكَ المصدر أم بنكاً آخر، ويوقّع على ظهر الكمبيالة، ليتمكّن ذلك البنكُ من تسلّم مبلغ الكمبيالة عند نُضجها من البنك المصدر أو من المشتري (إن كان العقدُ بدون فتح اعتماد) ويُسمّى هذا التّوقيعُ "تظهيرا" (Endorsement) للكمبيالة. والّذي يوقّع عليه يُسمّى "مظهِّراً" (Endorser) وبعد قبول الكمبيالة المظهَّرة، يدفع البنكُ إلى البائع مبلغَ الكمبيالة بحسم نسبة منه. فإن كانت الكمبيالةُ لمائة مثلاً، فإنّه يدفع إليه خمساً وتسعين. وإنّه يُسمّى "حسمَ الكمبيالة" و "خصم الكمبيالة" في لغة عامية، ويُسمّى باللّغة الانكليزية (Discounting of the Bill)

وإنّ الكمبيالة على قسمين: الأوّل: ما صرّح فيه المظهِّر أنّ ذمّته تفرغ بهذا التّظهير، بمعنى أنّه لو تخلّف الدّائنُ عن أداء مبلغ الكمبيالة، فإنّه لايحقّ لحامل الكمبيالة أن يرجعَ على المظهِّر. وفي هذه الحالة يتضمّن التّظهيرُ كلمة "بدون رجوع" (Without Recourse). وإنّ حسمَ الكمبيالة في هذه الحالة بيعٌ للدّين بمبلغٍ أقلّ من الدّين. وبيع الدّين، وإن كان بمبلغ مساوٍ للدّين، فإنّه لايجوز عند جمهور العلماء، كما قدّمنا في مبحث بيع الدّين، فضلاً أن يقع البيعُ بمبلغٍ أقلّ، فإنّ الحسْمَ يجعل هذه العمليّة عمليّةً ربويّةً لاتجوز شرعاً.

والقسم الثّاني: ما يحقّ فيه لحامل الكمبيالة أن يرجع على المظهِّر، إن تعذّر الحصولُ على مبلغ الدّين من المديون.[1] وتظهيرُ الكمبيالة في هذه الحالة ليس بيعاً للدّين، وإنّما هو حوالةٌ على مذهب الحنفيّة الّذين يُثبتون حقّ الرّجوع للمحتال على المحيل إذا تَويت الحوالة. والحوالةُ وإن كانت جائزة، ولكن بما أنّ حسم الكمبيالة

(١) ذكر هذان القسمان في "الأعراف التجارية الموحدة" (Uniform Commercial Code. Article 3- 415)

www.besturdubooks.wordpress.com

إنّما يقعُ بمبلغٍ أقلَّ من مبلغ الكمبيالة، فإنّه يتضمّن رباً، فلايجوز من هذه الجهة.

٥٥٨- الطرق البديلة للتّعاملات المحظورة في التّجارة عن طريق البنك

السّؤال التّاسع: هل هناك طريقٌ لإصلاح ماهو عملٌ ربويٌّ في هذه التّعاملات ليُصبح موافقاً لأحكام الشّريعة الغرّاء؟ وجواباً عن هذاالسّؤال، فإنّ الأمورَ المحظورة في هذه التّعاملات تتمحّص في ثلاثة: الأوّل: أخذُ الأجرة على الضّمان، والثّاني: تقاضي الفائدة في خطاب الاعتماد غير المغطّى. والثّالث: حسمُ الكمبيالة.

أمّا أخذ الأجرة على الضّمان، فقد بسطنا الكلام عليه والحمد لله تعالى، والّذي يظهر أنّ فتح الاعتماد لايتمحّض في كونه عقداً للكفالة، بل تصحبه خدماتٌ أخرى يقدّمها البنك، ولابأس أن يتقاضى الأجرةَ عليها. وقد ذكرنا مسئلة ربط هذه الأجرة بمبلغ الاعتماد، فلا نعيده هنا.

٥٥٩- بديل العمليّة الرّبويّة في خطاب الاعتماد غير المغطّى

وأمّا تقاضي الفائدة على خطاب الاعتماد غيرِ المغطّى، فهو محظورٌ من أجل كونه رباً صُراحاً. وبديلُه الشّرعيّ الأمثلُ أن يعقِدَ البنك مع العميل عقدَ المضاربة أوالشّركة في استيراد البضائع. وإنّ المستوردين إنّما يستوردون البضائع عادةً عندما تكون عندهم طلباتٌ من المشترين لتلك البضائع. فلوكان المقصود فتحَ الاعتماد بغطاءٍ جزئيٍّ، فيمكنُ للبنك أن يدخُل مع العميل في شركة، فالغطاءُ الجزئيُّ حصّةُ العميل في رأس المال، والباقي حصّة البنك. ويجب أن يتّفقا على نسبةٍ تقاسُمِهما للرّبح بعد وصول البضائع وبيعها في السّوق. وفي هذه الحالة تكون عمولةُ فتح الاعتماد من جملة تكلفة الشّركة.

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا إذا كان المقصودُ فتحَ الاعتماد بدون غطاءٍ أصلاً، فيمكن أن يدخلا في المضاربة، فيكون البنكُ ربَّ المال بما دفعه من المال عند وصول المستندات. ويكون العميلُ مضارباً، من حيثُ إنّه يعقد الاتّفاقيّة مع البائع المصدّر، ويتسلّمُ البضائع من الميناء، ويبيعُها في السّوق. وما يحصل عليه من الرّبح، فإنّه يُقسم بينه وبين البنك بالنّسبة المتّفق عليها في المضاربة.

أمّا البنوك الإسلاميّة اليوم، فإنّها تفتحُ الاعتماد بدون غطاءٍ على أساس المرابحة، وطريقُها أنّ العميلَ (الطالبَ للشراء) حينما يتقدّم إليها لفتح الاعتماد، فإنّ البنك يُريد أن يشتريَ البضاعةَ من البائع بنفسها، ثمّ تبيعها إلى الطالب للشّراء مرابحةً مؤجلة. ولهذا الغرض يجعل البنكُ الطّالبَ للشّراء وكيلاً له لاستيراد البضاعة. ولمّا تصل إليه مستنداتُ الشّحن، تبيعُ تلك البضاعةَ إلى الطّالب للشّراء مرابحةً مؤجّلة. وينطبق عليه ما قدّمنا من حُكم المرابحة للآمر بالشّراء في مباحث المرابحة. ويجب لصحّة هذه العمليّة شرعاً عند القائلين بجوازه أن تتوفّر فيه الشّروط الآتية:

الأوّل: أن لايكون المشترى أنجز البيع مع البائع قبل فتح الاعتماد، لأنّه لو كان أنجز عقدَ البيع مع البائع، لايُمكن للبنك أن يدخُل بينهما بصفته مشترياً. وإنّما يُمكن ذلك إن لم تكن المفاوضةُ بين الطّالب للشراء وبين البائع تجاوزت حدَّ المساومة أو الوعد.

الثّاني: أن لايتقاضى البنكُ من المشترى عمولةَ فتح الاعتماد، لأنّه في هذه الحالة يفتحُ الاعتماد لنفسه. وإن دفع عمولةَ فتح الاعتماد إلى جهةٍ أخرى، فإنّه يُدخلها في تكلفة المرابحة.

الثّالث: أن تكونَ البضاعةُ قبلَ وصول المستندات وتسلُّم البضائع في ضمان البنك، لافي

ضمان المشتري. فلو هلكت البضائع في الطريق، هلكت من مال البنك.

الرابع: أن تتوافر فيه جميع شروط المرابحة المؤجلة على اختلاف الفقهاء فيه، وقد فصّلنا الكلام في ذلك في مبحث المرابحة للآمر بالشراء والحمد لله تعالى.

٥٦٠- بديل حسم الكمبيالة

أما المحظور الثالث في التعاملات المذكورة، فإنه حسمُ الكمبيالة بالطريق الربوي. وإنما يحتاج إليه التجار الذين يبيعون بضائعهم بيعاً مؤجلاً. وإن كان البيعُ عن طريق فتح الاعتماد، فإنّ الاعتماد في هذه الحالة يُسمّى "الاعتماد المؤجل" (Usance L/C) فلا يُمكن لهم الحصولُ على الثمن إلا بعد زمن. لأنّ البنك الذي فتح المشتري فيه الاعتماد لا يبعث بمبلغ الاعتماد فور ما تصل إليه المستندات، بل يحصُل على كمبيالةٍ من المشتري، يلتزم فيه بأداء الثمن في تاريخ لاحق. فهناك فاصلٌ زمنيٌّ بين شحن البضائع، وبين وصول ثمنها إلى البائع المصدّر. وفي جانبٍ آخر، يريد التاجر أن يدخُل في شراء بضائع أخرى، أو في صناعتها ليتمكّن من بيعها إلى المشترين الآخرين، ولذلك يحتاج إلى أن يحصُل على مالٍ للشراء أو الصناعة. ومن أجل هذا يذهب إلى بنك ويحصل على ذلك المال بطريق حسمِ الكمبيالة.

وإنّ حصولَ هذا المقصود يمكن بأن يستأجر حاملُ الكمبيالة البنكَ لتسلّم الثمن من المشتري عند حلولِ الأجل، وتوصيله إلى حامل الكمبيالة. ويمكن للبنك أن يتقاضى منه أجرةً على هذه الخدمة. ثمّ يستقرضُ منه مبلغاً قرضاً بدون فائدة. وهذا إنّما يجوز إذا لم يكن القرضُ مشروطاً في عقد الاستئجار، وأن لاتكون أجرةُ تحصيل الثمن مرتبطةً بمبلغ القرض.

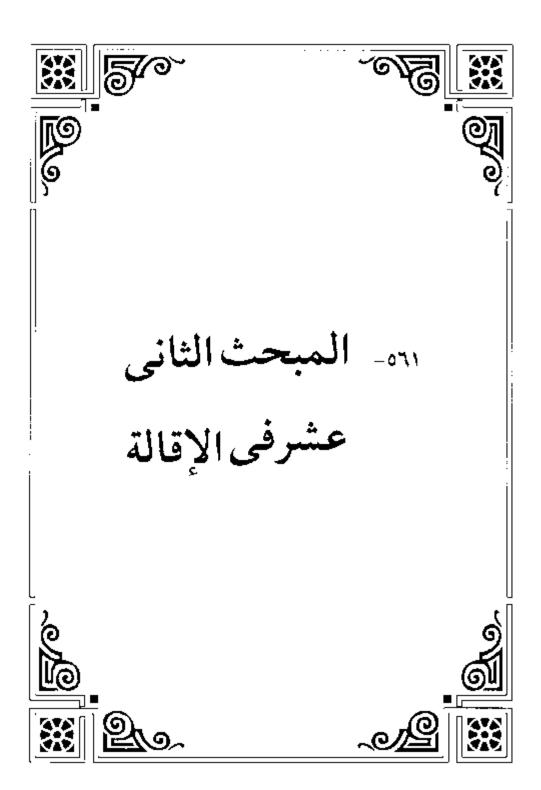
www.besturdubooks.wordpress.com

والطريق الثاني: أنه إن كان حامل الكمبيالة يحتاج إلى نقد لشراء بضائع أخرى، فإن البنك يشتريها ويبيعها إليه مرابحة مؤجلة. ويجب أن تراعى فيه جميع الشروط التي ذكرناها في مسئلة المرابحة المؤجلة، وتكون الكمبيالة عند البنك لتوثيق دين المرابحة.

والطريق الأمثل من الناحية الشرعية والأقرب لمقاصد الشريعة أن يدخل البائع مع البنك في شركة قبل بيعه للبضائع، بأن يعطيه البنك مبلغاً يكون حصته في رأس المال، ثم تشترى أو تصنع البضائع وتباع، ويتقاسم البنك الربح مع البائع المصدر بنسبة متفق عليها. فلا يحتاج إلى حسم الكمبيالة.

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٦١- المبحث الثانی عشرفی الإقالة

www.besturdubooks.wordpress.com

الإقالةُ في اللغة بمعنى الرّفع والإزالة. وفي الفقه: رفعُ العقد وإلغاءُ حُكمه بتراضي الطّرفين بأن يرُدّ البائع المبيع، ويردّ المشتري الثّمن. والأصل في جواز ذلك واستحبابه إذا طلب أحد المتعاقدين ذلك ما رُوي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: أنّ رسولَ اللّه – صلى الله عليه وسلم قال: «منْ أقالَ مُسلمًا، أقالَهُ اللهُ عثْرتَهُ».(١)

وكذلك جاء في حديث خيار المجلس عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلم قال: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرّقا، إلاّ أن تكون صفقةَ خيارٍ. ولا يحِلُّ أن يُفارِقَ صاحبهُ خشيةَ أن يستقيلَه».(٢)

والإقالةُ تنعقد بالإيجاب والقبول، ولوكان القبول اقتضاءً. فلو طلب البائعُ الإقالة، فقال المشتري: هاتِ الثّمن. فهو إقالة. وكذلك تنعقد بالتّعاطي عند من يقول بجوازه في البيع، ولوكان من جانب واحد، وهو الصّحيح من مذهب الحنفية، كما فصّلناه في مبحث التّعاطي. وجاء في الفتاوى البزّازيّة:

"قبض الطّعامَ المشتري، وسلّم بعضَ الثّمن، ثمّ قال بعد أيام: إنّ الثّمنَ غالٍ، فردّ البائعُ بعضَ الثّمن المقبوض. فمن قال: البيعُ ينعقد بالتّعاطي من أحد الجانبين جعله إقالةً، وهو الصّحيح، ومن شرط القبض من الجانبين، لايكون إقالة."(٣)

(١) أخرجه أبو داود، حديث ٣٤٦٠

(٢) أخرجه النسائي، رقم ٤٤٨٨ والترمذي، رقم ١٢٤٧ وأبو داود ٣٤٥٦

(٣) نقله ابن عابدين رحمه الله تعالى في ردّالمحتار ٥: ٥٦١ فقرة ٢٣٨٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٦٢- اختلاف الفقهاء في حقيقة الإقالة

ثمّ اختلف الفقهاء في حقيقة الإقالة: هل هو فسخٌ للبيع السابق أو بيعٌ جديد؟ وفيه أقوال آتية:

١- إنّ الإقالةَ فسخٌ للبيع السابق في جميع الأحوال، وفي حقّ جميع الناس. وهو مذهب الشافعيّ وأحمد وزفر رحمهم الله تعالى.(١)

٢- الإقالةُ بيعٌ جديد. وهو مذهبُ الإمام مالك رحمه الله تعالى، فيُشترطُ فيها ما يُشترطُ في البيع، إلاّ إذا كان المبيعُ طعاماً، ولم يكن المشتري قبضه، ثمّ تقايلا، فليس بيعاً، بل هو فسخٌ للبيع السابق إن وقعت بمثل الثمن الأوّل. فإن كانت بثمن أكثر أو أقلّ، لم تجز، لأنه بيعٌ للطعام قبل القبض.(٢) وكذلك لا تُعتبر الإقالةُ في حقّ الشّفعة، بل المختارُ عند المالكيّة أنّه يبقى حقُّ الشّفيع الّذي حصل له بالبيع الأوّل تجاه المشتري الأوّل، فلا يزالُ يُطالبه بالشّفعة، ولو كان المشتري استقال البيع الأوّل. فالإقالةُ في الشُّفعة مُلغاةٌ عندهم، ولا يُحكَمُ عليها بأنّها فسخُ بيع، ولا بأنّها ابتداءُ بيع، بل هيَ كالمعدوم في حقّ الشُّفعة. وذلك لأنّ عاقدي البيع والإقالة يُتّهمان بأنّهما تقايلا لأجل قطع شُفعة الشّفيع.(٣)

٣- الإقالةُ فسخ، إلاّ إذ تعذّر جعلُه فسخاً اعتُبر بيعاً. وهو قولُ الإمام محمّد رحمه الله تعالى.(٤) ويتعذّر جعله فسخاً بأن يتقايل المتبايعان بأكثر من الثّمن الأوّل، أو بجنس

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢٣٥ وبدائع الصنائع ٤: ٥٩٣

(٢) الشرح الكبير للدردير مع حاشيته للدسوقي ٣: ١٥٤ و ١٥٥

(٣) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٤٨٥ و ٤٨٦

(٤) بدائع الصنائع ٤: ٥٩٤ و ٥٩٥

www.besturdubooks.wordpress.com

آخر غير جنس الثّمن، فلم يمكن جعلُه فسخاً، لأنّ من شأن الفسخ أن يكون بالثّمن الأوّل. أمّا إذا تقايلا بأنقص من الثّمن الأوّل، أمكن جعلُه فسخاً، وذكرُ الثّمن النّاقص سكوتٌ عن الباقي، فتقعُ الإقالة على الثّمن الأوّل.

٤- الإقالة بيعٌ جديد، إلاّ إذا تعذّر جعلُه بيعاً، اعتُبر فسخاً. وهو قول الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى.[1] ويتعذّر جعلُه بيعاً بأن تقع الإقالةُ قبل أن يكون المشتري قبضَ المبيعَ المنقول، لأنّه إن اعتُبر بيعاً، صار بيعاً للمنقول قبل القبض، وهو لايجوز. فلاسبيلَ إلى القول بجوازه إلاّ أن نجعلَه فسخاً للبيع السّابق، فيُعتبرُ فسخاً في هذه الحالة.

٥- الإقالةُ فسخٌ في حقّ المتعاقدين، وبيعٌ جديد في حقّ غيرهما. وهو قولُ الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وبما أنّه فسخٌ في حقّ المتعاقدين، فإنّه يجوز، وإن لم يكن المشتري قَبَضه، ويجب أن يكون بالثّمن الأوّل. ولو سمّيا زيادةً على الثّمن الأوّل، أو أنقصَ منه، أو سمّيا جنساً آخر سوى الجنس الأوّل، قلّ أو كثُر، أو أجّلا الثّمنَ الأوّل، بطلت هذه التّسمية. وتقع الإقالةُ على الثّمن الأوّل. وبما أنّه بيعٌ جديد في حقّ ثالث، فإنّه يحقّ للثّالث أن يُطالبَ بالشّفعة.

وهذا الخلافُ إنّما يتأتّى إذا وقعت الإقالةُ بلفظ الإقالة. أمّا إذا وقعت بلفظ الفسخ، أو ما في معناه من المتاركة أو التّراد، فلا خلافَ في أنّه فسخٌ للبيع السّابق، فيأخذُ حكمَ الفسخ للجميع. وكذلك إن عقدا بيعاً جديداً بلفظ البيع، فلا خلافَ في أنّه يقع بيعاً في حقّ الجميع، ويُشترطُ لصحّته ما يُشترط لصحّة البيع.[2]

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٩٣

(٢) قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد، لم تُجعل بيعاً اتفاقاً، ولو بلفظ بيع، فبيعٌ إجماعاً." (ردالمحتار ٥: ٥٤ فقره ٢٣٨٨٢)

www.besturdubooks.wordpress.com

وقَلَّ ما يستخدم التّجّار في زماننا كلمة الإقالة. والمعروف فيهم التّراد، حيث يقولُ المشتري: "أريدُ أن أردّ إليك المبيع." وكذلك ربّما يعِدُ التجارُ لزبائنهم أنّهم يردّون إليهم الثّمن إن أراد المشتري ردَّ المبيع. فلو وقع ذلك، كان فسخاً في جميع الأحكام، فلابدّ أن يكون بالثّمن الأوّل، إلاّ أن يكونَ المبيعُ حدث فيه عيبٌ عند المشتري، ورضيَ البائعُ بالفسخ، فيجوز بثمنٍ أقلّ، وصار المحطوطُ بإزاء نقصان العيب، بشرط أن يُنقص الثّمن بقدر العيب. فإن سمّيا أزيد أو أنقص من ذلك، تلغُو الزّيادةُ والنّقصان، ويرجع البائع بما بقي.[1]

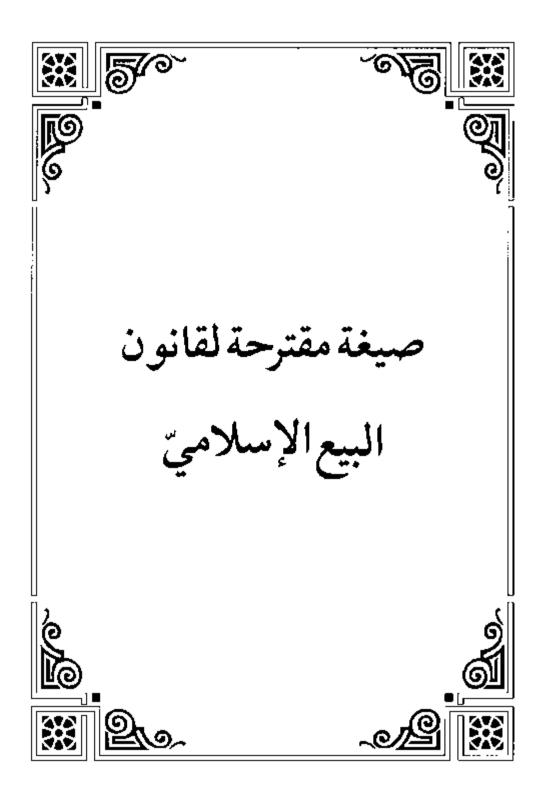
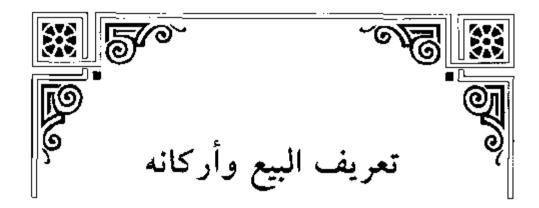
---

(۱) راجع الدّرّ المختار مع ردّالمحتار ٥: ٧٧ و ٧٨ فقره ٢٣٩٢٦

www.besturdubooks.wordpress.com

صيغة مقترحة لقانون
البيع الإسلاميّ

www.besturdubooks.wordpress.com

تعريف البيع وأركانه

١- البيع في الشرع مبادلة مال بمال على الوجه الذي ينتقل به ملك البدلين شرعاً.

٢- المال شيئ متقوّم يُنتفع به، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. والمالية تثبت بتموّل الناس كافّةً أو بعضهم. والتقوّم يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعاً.

٣- البيع ركنه الإيجاب والقبول، وهما عبارةً عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد والقوم.

٤- يجوز أن يقع الإيجاب والقبول مشافهةً، أو كتابة، أو إشارةً ممّن لا يقدر على التكلّم.

٥- يجب لصحّة البيع أن يكون القبولُ موافقاً للإيجاب في المبيع، وقدره، وصفته، وفي قدر الثّمن، وجنسه. وفي شرط الخيار.

٦- إذا كان العقد بين حاضرين، وأوجب أحدُهما باللّسان أو بالإشارة أو بالكتابة. فللآخر أن يقبله في مجلس الإيجاب. وليس له خيارُ القبول

www.besturdubooks.wordpress.com

بعد انقضاء المجلس.

٧- يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل تمام القبول من الآخر، وليس له ذلك بعد تمام القبول.

٨- إذا كان العقدُ بين غائبين بالهاتف أو الآلات اللاسلكية، فحكمه حكم التعاقد بين حاضرين، ويستمرّ المجلس إلى استمرار الاتصال الهاتفيّ أو اللاسلكيّ. وينقطع المجلس بانقطاع الخطّ.

٩- إذا كان العقد بين غائبين، وأوجب أحدهما بالمكاتبة، سواءٌ أكان عن طريق البريد، أو عن طريق التلكس، أو البرقيّة، أو الفاكس، أو بأيّ طريق ليس فيها مشافهة، فالإيجاب يستمرّ إلى إحدى الحالات الآتية:

(ألف) أن يرفُض المكتوب إليه قبول الإيجاب صراحةً، إمّا شفاهاً، وإمّا كتابةً.

(ب) أن تنقضيَ المدّة المحدّدة في الإيجاب، إذا كان الإيجاب حدّد للقبول مدّةً معيّنة، ويسمّى إيجاباً موقّتاً.

(ج) أن يرجع الموجِبُ عن إيجابه قبل تمام القبول.

(د) أن يسكُت المكتوب إليه عن الجواب مدّةً تدلّ بحكم العرف على إعراضه عن الإيجاب.

١٠- إن كان العقد بين حاضرين، فالعقد يتمّ بقبول الطّرف الثاني بشرط أن يتلفّظ به بحيث يسمعه الفريق الأوّل. وينطبق ذلك على المكالمة الهاتفية واللاسلكيّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

١١- إن كان العقد بين غائبين بطريق المكاتبة، فالعقد يلزم في حق الطرف القابل ديانةً بقبوله شفاهاً أو كتابة. أمّا في حق الموجب، فلا يلزم العقد حتى يتسلّم رسالة القبول.

١٢- يجوز أن يكون الإيجاب موجّهاً إلى عامّة النّاس دون تعيين شخص معيّن، بشرط أن لايكون دعوة محضة للشّراء، بل يتبيّن بحكم العرف أو القرائن أنّ المقصود إنشاء العقد بهذا الإيجاب مع كل من يقبله، مثل الإيجاب الموجه إلى عامّة النّاس بطريق الكمبيوتر.

١٣- وينعقد البيع بالتّعاطي، بأن يدفع المشتري الثّمن ويسلّم البائع المبيع دون أن يجري بينهما الإيجاب والقبول لفظاً. وكذلك إن كان من أحدهما لفظ، ومن الآخر عطاء.

١٤- ويجوز البيع بالاستجرار، وهو أن يشتري المشتري من البائع أشياء مختلفة، ويحاسبه بعد مدّة معلومة، سواءٌ كان قد دفع إليه مبلغاً مقدّماً، أو لم يدفع شيئاً إلاّ عند المحاسبة عند نهاية الفترة. فإن كان الثّمن معلوماً للمشتري عند كلّ أخذ، انعقد البيع عند كلّ أخذ. وإن كان الثّمن غير معلوم، فالبيع ينعقد عند المحاسبة مستنداً إلى وقت الأخذ.

١٥- يجوز البيع عن طريق الأجهزة التّلقائيّة، حيث لايحضر البائع عند الشّراء، ولكنّ المشتري يُدخل الثّمن في الجهاز، والجهاز يُخرج الشّيئ المطلوب. وينعقد البيع في هذه الحالة عن طريق التّعاطي.

الوعد والمواعدة بالبيع

١٦- الوعد أو المواعدة بالبيع ليس بيعاً، ولا يترتّب عليه آثار البيع من نقل

www.besturdubooks.wordpress.com

ملكيّة المبيع ولا وجوب الثّمن. وإذا وقع الوعد أو المواعدة على شراء شيئ أو بيعه بصيغةٍ جازمةٍ وجب على الواعد ديانةً أن يفي به، ويعقد البيع حسب وعده، ولكنّه لايجبر على ذلك قضاءً إلاّ في حالاتٍ آتية:

(ألف) أن يقع الموعودُ له في كُلفةٍ تختصّ بالعقد الموعودبه اعتماداً على وَعْد الواعد، وكان للموعود له حرجٌ بيّنٌ في إخلاف الوعد، واتّفق الفريقان عند الوعد أنّ هذا الوعدَ يلزم الواعدَ قضاءً، ولم يكن للواعد عذرٌ مقبولٌ في الإخلاف. ويُمكن تخريج اتّفاقيّات التّوريد على هذا الأساس.

(ب) أن يصدُر قانونٌ من وليِّ الأمر بإلزام الوعد قضاءً.

١٧- إن أخلف الواعدُ بالوعد فيما إذا كان الوعد لازماً في القضاء، فيُحكم عليه بإنجاز البيع حسب الوعد، أو بالتّعويض عن الخسارة الماليّة الفعليّة الّذي أصاب الموعودُ له بسبب الإخلاف. و ذلك بأنّ البائع الموعودله اضطرّ ببيع المبيع في السّوق بأقلّ من تكلفته، فمبلغ التّعويض هو الفرق بين التّكلفة الّتي اشترى بها البائعُ البضاعةَ والثّمن الفعليّ الّذي باع به البائع في السّوق، فيعوّضه الواعد بدفع هذا الفرق.

العربون وهامش الجدّيّة

١٨- بيعُ العربون أن يشترط المشتري الخيار لنفسه إلى مدّة معلومة ويدفع إلى البائع مبلغاً (يُسمّى العربون) بشرط أنّه إن نفّذ البيع فالعربون يكون جزءً من الثّمن، وإن فسخ البيع فالعربون يستحقّ العربون ولايردّه إلى المشتري. والبيع بهذا الشّرط غير جائز عند جمهور الفقهاء، فلا يجوز

www.besturdubooks.wordpress.com

للبائع عند فسخ العقد أن يُمسك بالعربون، بل يجب عليه أن يردّه إلى المشتري، إلاّ إذا حكم به حاكم، أو ظهر التّقنين على جوازه، لأنّ المسئلة مجتهد فيها، وقد جوّزه الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

١٩- "هامش الجدّيّة" مبلغٌ يدفعه المشتري إلى البائع عند وعده بشراء شيئ قبل إنجاز البيع، ليُثبت به جدّيّته في ذلك الوعد. وإنّ هذا المبلغ لايأخذ حكم العربون، بل هو أمانةٌ بيد البائع يجب عليه أن يردّه إلى مالكه إن لم يتمّ البيع لسبب من الأسباب.

المزايدة والمناقصة

٢٠- البيع بالمزايدة جائزٌ إذا كان محلّ المزايدة مشروعا. ومجرّد إعلان المزايدة ليس إيجاباً من قبل البائع، وإنّما هو دعوةٌ للآخرين في المزايدة. والتقدّم بالعطاء من قبل المشاركين إيجابٌ من قبلهم يحتاج إلى قبول البائع. فله أن يرفض جميع العطاآت، كما يجوز له أن يحتفظ بثمن معلن من قبل. ويجوز لكلّ من تقدّم بعطاء أن يرجع عن عطاءه قبل أن يقبله البائع. أمّا إذا قبله البائع ورسا العطاء عليه، فلا يحقّ له الرّجوع عنه. والتّقدّم بالعطاء زيادةً على عطاء الآخر قبل رسوّ عطاء أحدٍ ليس من السّوم على سوم أخيه لعدم ركون البائع إليه. وليس على البائع بالمزايدة أن يقبل العطاء الأعلى، بل يحقّ له أن يقبل العطاء الأدنى، إلاّ في عمليّات ألزمه القانون بقبول العطاء الأعلى بشرط أن يكون الثّمن حالاً.

٢١- لايجوز النّجش. وهو أن يتقدّم أحدٌ بعطاء لايُريد به الشّراء، وإنّما يُقدّم العطاء ليرغب الآخرون في الزّيادة عليه. وكذلك لايجوز تواطؤ

www.besturdubooks.wordpress.com

المشاركين في المزايدة على أن لايزيد أحدهم على الآخر إذا كان فيه إضرار بالبائع أو المشاركين الآخرين.

٢٢- المناقصة عكس المزايدة، وإنها طلب الوصول إلى أرخص عطاء لشراء سلعة أو خدمة تقوم فيها الجهة الطالبة لها بدعوة الراغبين إلى تقديم عطاآتهم وفق شروط ومواصفات محددة. وإنها جائزة تنطبق عليها الأحكام المذكورة في المزايدة.

٢٣- يجوز أن يُباع دفتر الشروط المعد من قبل طالب المزايدة أو المناقصة بقيمة عادلة، بشرط أن يكون مشتملاً على دراسات وتفاصيل يحتاج إليها المشاركون لكونهم على بصيرة قبل الدخول في المناقصة أو المزايدة.

٢٤- يجوز طلب مبلغ من المشاركين لإثبات جديتهم. وتنطبق عليه أحكام "هامش الجدية" المذكورة في المادة ١٩

الأحكام المتعلقة بالمتعاقدين

٢٥- يُشترط لصحة البيع أن يكون العاقدان عاقلين مميزين.

٢٦- لاينعقد بيع المجنون أو الصبي غير المميز أصلا.

٢٧- بيع الصبي المميز موقوف على إذن وليه، سواء كان إذناً سابقاً على العقد أم لاحقاً، خاصاً كان أم عاماً، ويقتصر الإذن على النوع الذي أذن فيه الولي، ولايتعدى إلى النوع الذي لم يأذن فيه الولي.

٢٨- لايُشترط لصحة البيع إسلام المتعاقدين ولا حريتهما، ولاسلامة أعضاءهما. ولكن لايجوز لمسلم أن يبيع من غير مسلم المصاحف القرآنية إذا لم يؤمن منه إهانته.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٩ يجب لصحة البيع أن يكون البيع بين إثنين بإيجاب من واحد وقبول من الآخر. ولايجوز أن يكونَ الواحدُ يتولّى طرفي العقد. فإن وكّله أحدٌ ببيع متاعه. لايجوز له أن يشتريه لنفسه؛ وإن وكّله بشراء شيئ، لايجوز له أن يشتريَ من نفسه. ولو باع من نفسه في الصّورة الأولى، أواشترى في الصّورة الثّانية، فإنّ البيع موقوفٌ على إجازة الموكّل. فإن أجاز الموكّل، كان قبولاً منه.

٣٠- ويُستثنى من الأصل المذكور في الفقرة ٢٩ أن يبيعَ الأبُ مالَ ابنه الصّغير من نفسه أو يشتريَ ماله لنفسه، بشرط ان يكونَ بثمن المثل، أو بما يتغابنُ فيه النّاسُ عادةً. أمّا وصيّ اليتيم، فلا يجوز له بيعُ مال اليتيم من نفسه، أوشراؤه لنفسه، إلاّ إذا كان فيه نفعٌ ظاهرٌ له.

٣١- إن كان المشتري يُريد ارتكابَ معصيةٍ بما يشتريه، فحكمُه على وجوهٍ آتية:

(ألف) إن قصد البائعُ إعانةَ المشتري على المعصية، بأن كان في نيّته إعانتُه على تلك المعصية، أو كان هناك تصريحٌ في العقد بأنّ البائع يبيعُه ليستعمله البائع في المعصية، مثلُ بيع العنب أو عصيره لاتّخاذ الخمر، بهذه الصّراحة، أو كان المبيعُ ممّا لايستعمل إلاّ في المعصية، مثلُ بيع الصّنم الّذي يُعبد، فإنّ العقد حرامٌ لاينعقد، والبائع آثم.

(ب) أمّا إذالم يقصد البائع الإعانة على المعصية، ولكن كان البيعُ سبباً للمعصية، فلايحرُم العقد، ولكن إذا كان سبباً محركاً، فالبيعُ حرام، وإن لم يكن محركاً، وكان سبباً قريباً، بحيثُ يُستخدم في

www.besturdubooks.wordpress.com

المعصية في حالتها الرّاهنة، ولايحتاج إلى صَنعة جديدةٍ من الفاعل، كُره تحريماً، وإلافتنزيهاً.

٣٢- يُشترط لجواز البيع أن يكون برضا المتعاقدين.

٣٣- بيعُ المُكرَه فاسدٌ موقوفٌ على إجازته بعد زوال الإكراه. فإن أجازه بعد زوال الإكراه نفذ البيع، وإن لم يُجزه بطل. وبطلت تصرّفاتُ المكره في ذلك المبيع.

٣٤- الإكراه في حقّ البيع: كونُ الشّيء المكرَه به مُتلفاً نفساً، أو عضواً، أو موجباً غمّاً يُعْدِم الرِّضا. فيدخل فيه التّهديد بإيذاء نفس المكرَه، أو بولده، أو بوالده، أو زوجه، أو بأحد من ذي رحم محرم منه، سواءٌ كان الإيذاءُ بدنيّاً، أو ماليّاً، أو برفع المُكرَه إلى ظالم.

٣٥- "النّفوذ غير المشروع" (Undue Influence) نوعٌ أخفّ من الإكراه. والمقصود منه استغلالُ الجاه في الوصول إلى هدف. ومجالُه في العقود أن يستغِلّ الإنسانُ جاهه ورتبته أو مهابته المعنويّة للدّخول في عقدٍ مع من هو أدنى رتبةً، مثلُ الولد أمام الوالد، أو التّلميذ أمام الأستاذ، أو المريد أمام الشّيخ، أو المرؤوس أمام الرّئيس. فإذا ثبت أنّ من هو أدنى رُتبةً دخل في عقدٍ تحت ضغْطِ من هو أعلى منه رتبةً، بحيثُ لم يتمكّن من رَفْض ما اقترحه، فدخل في العقد بالرّغم من كونه لايرضى به رضاً حقيقيّاً. والبيع مع النّفوذ غير المشروع ممنوعٌ ديانةً، إن علم المتعاقد معه أنّ الآخَر لايطيبُ نفسُه بالبيع، وإنّما يدخل في البيع بسبب النّفوذ. ولكن لو عقدَ البيع بدون إكراه أو اضطرار أو تغرير، نفذ البيع.

٣٦- بيعُ المضطرّ يختلف حكمُه باختلاف نوع الاضطرار حسبما يأتي:

www.besturdubooks.wordpress.com

(ألف) أن يكون الاضطرار بسبب إكراهٍ من غيره، فهو داخل في بيع المُكره حسبما ذُكر في الفقرة ٣٣

(ب) أن يَضطرَّ الرَّجل إلى شراء شيئٍ أو بيعه في حالة مخمصةٍ يخاف فيها على نفسه أو عياله إن لم يعقد البيع، مثلَ أن يكون جائعاً، ولاسبيل له إلى الطَعام إلاّ بأن يشتريَه بثمنٍ أكثر، أو بأن يبيعَ بعضَ ماله بثمنٍ أقلَّ بكثيرٍ من ثمن مثله، وإنّما يفعله لدفْعِ جُوعه أو جوعِ عياله. وفي هذه الحالة إن باع أو اشترى بثمن المثل، فالبيع صحيح، وإن كان بغبن فاحش، فالبيع فاسد. ولكن في صورة الشّراء في هذه الحالة، يحلّ له تناولُ ما اشتراه لدفع حاجته، ولكن لايجب عليه إلاّ ثمنُ المثل.

(ج) أن يحتاج المرأ إلى البيع بسبب إفلاسه أو مطالبة دائنيه. وليس داخلاً في الاضطرار بالمعنى المصطلح، فالبيع الّذي عَقَده صحيح، ولو كان بغبن، ولكن يُكره لمن يتعامل معه أن يغبُنه في مثل هذه الحالة.

٣٧- التّغريرُ بيانٌ من أحد العاقدين يبني عليه الطَرفُ الآخر رضاه بالدّخول في العقد، ثمّ يتبيّن كونُه خلاف الواقع. وله صور آتية:

(الف) التّغريرُ في بيان جنس المبيع، وذلك مثل أن يقول بائعُ الحِلية أنّها حِليةُ ذهب، فيتبيّن أنّها من فضّةٍ مطليّةٍ بالذّهب. فالبيعُ في مثل هذا باطل.

(ب) أن يكون التّغريرُ في بيان وصف المبيع، مثل أن يقول بائعُ السّيّارة أنّها جديدة، أو مصنوعةٌ من بلد مخصوص، فتبيّن خلافُ

www.besturdubooks.wordpress.com

ذلك، فتنطبق عليه أحكامُ خيار فوات الوصف. وسيأتي تفصيله في مباحث الخيار إن شاء الله تعالى.

(ج) التغريرُ في بيان قيمة المبيع السوقيّة، مثل أن يقول البائع: قيمتُه في السوق ألف، فيتبيّن أنّه خمسمائة مثلاً. أو يقولَ المشتري للبائع: قيمتُه في السوق خمسمائة، فيشتريه من البائع بخمسمائة، ثمّ يتبيّن للبائع أنّه يُباعُ في السوق بألف. وفي هذه الصورة تنطبق أحكامُ خيار المغبون. وستأتي تفاصيل ذلك في مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

٣٨- التدليس: أن يفعلَ البائعُ فعلاً في المبيع يُظنُّ به كمال ليس فيه حقيقةً، مثل صبغ الثوب القديم ليُظنَّ أنّه جديد. وحكمُه حكمُ التغرير في أنّه إن كان مقروناً بالغبن الفاحش، أو فوات الوصف المرغوب فيه، يثبتُ للمشتري خيارُالفسخ، وفي بعض الحالات يحقّ له مطالبةُ الأرش، أو الرّجوعُ بالنقصان، بأن يُطالب البائعَ بالفرق بين قيمة المبيع الناقص والكامل. وسيأتي التفصيل في مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

٣٩- الخطأ في العقد: أن يعقد المتعاقدان البيعَ على ظنٍّ خاطئٍ منهما أو من أحدهما. ومن صُوره ما يأتي:

(ألف) الخطأ في وجود المبيع: وذلك أن يُعقد البيع على اعتقاد أنّه موجود، فيتبيّن أنّه غير موجود، مثل أن يبيع زيد الخضراوات المعيّنة في مخزنه، وقد رآها المشتري قبل البيع. فلمّا فُتح المخزن، تبيّن أنّها تلفت

www.besturdubooks.wordpress.com

أو سُرقت قبل البيع، فالبيع باطل.

(ب) الخطأ في اعتقاد المبيع أنه غير مملوك للمشتري. وذلك مثل أن يشتري زيدٌ عقاراً من عمرو باعتقاد أنّ عمرواً مالكٌ له، ثمّ يتبيّن أنه كان مملوكاً للمشتري نفسه، مثل أن يكون قد ورثه من أحد، ولم يعلم بذلك عند الشراء. والبيع في مثل هذا باطل لعدم المحلّ.

(ج) الاستحقاق: وهو أن يشتري زيدٌ من عمرو على اعتقاد أنه هو المالك، ثمّ يتبيّن بالبيّنة أنّ المالك الحقيقيّ هو خالد، وليس عمرواً، والبيعُ لاينفسخ بمجرّد ثبوت الاستحقاق، بل يبقى موقوفاً على إجازة المستحِقّ إلى أن يقبض المستحِقّ (المالك الحقيقيّ) المبيع، ويردُّ البائعُ الثمن إلى المشتري. فإن أجاز المالكُ الحقيقيُّ البيعَ، استمرّ المشتري على ملكه، ورجع المالكُ الحقيقيّ بالثمن على البائع. وإن لم يُجزه، فالبيع مفسوخ، ويستحقّ أن يقبض المبيع من المشتري، ويرجعُ المشتري بالثمن على البائع.

(د) الخطأ في معرفة المبيع. وهو أن يقع الخطأ في معرفة جنس المبيع، أو وصفه الجوهريّ الذي يُبنى عليه العقد، أو في قدره، بأن يُعقد البيعُ على اعتقاد أنّ المعقود عليه من جنس، فتبيّن أنه من جنس آخر، مثل أن يشتري بظنّ أنّ ما اشتراه ذهب، فتبيّن أنه فضة. وكذا إذا اتّحد الجنسُ، ولكنّ التفاوت بين المعقود عليه وما أراده العاقدُ تفاوتٌ فاحش. فهذا الخطأ إن كان من كلا العاقدين، واتّفقا

www.besturdubooks.wordpress.com

على أنّهما دخلا في العقد خطأً، بطل العقد.

وإن كان الخطأ من أحدهما بدون تغرير أو تدليس من الآخر، فالحكم يختلف باختلاف نوعيّة العقود. وإنّ الأصل المتّبع فيه هو معرفة مستوى الضرر الّذي حصل بسبب الخطأ، وتعيينُ من يتحمّل تبعة ذلك الخطأ. وهذا يمكن أن يختلف من عقدٍ إلى عقد، ومن حالٍ إلى حال. والفصلُ في مثل هذه الأشياء موكولٌ إلى القضاء، ويحكُم القاضي حسب ما يراه أوفقَ بالعدل والأصول الثابتة في كلِّ قضيّة تعرض أمامه.

٤٠- بيع التَّلجئة أو الهزل: أن يعقدا العاقدان البيعَ بتفاهم سابق أنّهما لايُريدان بذلك بيعاً حقيقيّاً، وإنّما يُظهران عقد البيع أمام غيرهما لسببٍ من الأسباب.

وحكمُ التّلجئة أنّهما إن تواضعا قبل البيع أنّ ما سيعقدانه من البيع، فإنّه هزلٌ غيرُ مقصود، ثمّ عقدا البيع، فالبيعُ باطلٌ غيرُ منعقد. ومَن يدّعي التّلجئةَ فإنّ عليه البيّنة لإثبات المواضعة السّابقة.

أمّا إن كان التّلجئةُ أو الهزْل في جنس الثّمن أو في قدره، بعد اتّفاق العاقدين على جدّيّة أصل البيع، فلا عبرة للمُواضعة السّابقة، ويُعتبر البيعُ منعقداً في القضاء بالثّمن الّذي سمّياه عند العقد.

٤١- العقود الصُّوريّة: أن يشتري المبيعَ باسم غير المشتري الحقيقيّ، ليسجّل البيعُ في الجهات الرّسميّة باسم ذلك الغير لمصلحةٍ ما. ويكون المشتري الحقيقيّ مَن دفع الثّمن. والمالكُ الحقيقيُّ المعتبرُ في هذه الحالة مَن دفعَ الثّمن، إذا أثبت أنّه هو المشتري الحقيقيّ، وكان التّسجيلُ صوريّاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٢- يُستثنى من اشتراط رضا العاقدين حالاتٌ آتية:

(ألف) أن تحتاج الحكومةُ لشراء أرض على أساس حاجةٍ عامّةٍ حقيقيّةٍ لاتندفع إلاّ بتلك الأرض، فيجوز لها أن تشتريها من المالك بسعر السّوق يومَ الأداء. ولاتؤخذ الأرض منه إلاّ بعد أداء الثّمن إليه.

(ب) إن احتكَر التّجّار ما يحتاج إليه أهلُ البلد، جاز للحكومة بيعُ ما احتكَروه وإن لم يرضَوا بذلك.

(ج) إن كان هناك تسعيرٌ من الحكومة على أساسٍ عادل بشروطٍ شرعيّة، فالتّجّار يُجبَرون على أن لايزيدوا على السّعر المحدّد، وإن كانوا لا يرضَونه.

(د) أن يأخذ الشّفيعُ مبيعاً غيرَ منقول بالشّفعة. و إنّ حقّ الشّفعة يثبت أولاً للشّريك في نفس المبيع، ثمّ للشّريك في حقّ المبيع، ثمّ للجار الملاصق.

أحكام المبيع والثّمن وما يُشترط فيهما لصحّة البيع

٤٣- يُشترط لانعقاد البيع أن يكون كلٌّ من العوضين مالاً. فلاينعقد بيعُ ما ليس بمال، بل هو بيعٌ باطل. والمال: كلُّ عينٍ أو منفعةٍ مؤبّدةٍ مشروعةٍ ذاتُ قيمةٍ ماديّةٍ بين النّاس.

٤٤- أمّا الحقوق، ففي حكم بيعها وشراءها تفصيل حسب الآتي:

(الف) إنّ الحقوقَ الّتي شُرعت لدفع الضّرر، لا على وجه الأصالة، لا يجوز الاعتياضُ عنها بصورةٍ من الصُّوَر، لا عن طريقِ البيع، ولا عن طريق الصُّلح والتّنازل، مثلُ حقّ الشُّفعة، وحقّ القَسْم للمرأة،

www.besturdubooks.wordpress.com

وخيارِ المخيّرة.

(ب) إنّ الحقوقَ الّتي ليست ثابتةً الآن، وإنّما هي متوقَّعةٌ في المستقبل، لا يجوز الاعتياضُ عنها بصورةٍ من الصُّوَر، كحقّ الوراثة في حياة المورث، وحقّ الوَلاء في حياة المولى، وحقّ الحصول على راتب التّقاعد.

(ج) إنّ الحقوقَ الشّرعيةَ الّتي ثبتت لأصحابها أصالةً، ولكنّها لا تَقْبَل الانتقالَ من واحدٍ إلى آخرَ شرعاً، لا يجوز الاعتياضُ عنها عن طريق البيع، ولكن يجوز عن طريق الصُّلْح والتّنازُل بمالٍ، مثل حقّ القصاص، وحقّ الزّوج في بقاء نكاحه مع زوجته، (يجوز الصُّلْحُ عنه بالخُلْع والطّلاق على مالٍ).

(د) وإنّ الحقوقَ العُرفيّة الّتي هي عبارةٌ عن منافعَ دائمةٍ من مرافقِ الأعيان، مثل حقّ المرور في الطّريق، وحقّ الشّرب والتّسييل والتّعلّي، يجوز بيعُها، بشرط أن لا يكون هناك مانعٌ آخرُ من جواز البيع، كالغَرَرِ والجهالة. ويدخل فيه بيع الاسم التّجاريّ، والعلامة التّجاريّة، وحقّ الامتياز، بشرط أن لايتضمّن غشّاً أو تدليساً على المستهلكين، وذلك بالإفصاح عن البيع إلى العامّة، وبأن ينقُل البائعُ تقنيّته وكفاءته المهنيّة إلى المشتري. ويدخل فيه أيضاً بيع حقّ الابتكار، وحقوق نشرالكتب، وبيع التّرخيص التّجاريّ، بشرط أن يكون ذلك مسموحاً به قانوناً، ولايستلزم الكذب والخداع.

www.besturdubooks.wordpress.com

(هـ) إنّ حقّ الأسبقيّة، مثل حقّ الإحياء بعد التّحجير، لا يجوز بيعُه ولكنّه يجوز النّزولُ عنه بمالٍ على أساس الصّلح. والفرق بين البيع والتّنازل بعوضٍ، أنّ البيع ينقُل الحقّ إلى المشتري، ومجرّد التّنازل لاينقُله إلى المنزول له، وإنّما تزول عنه مزاحمةُ النّازل، فيستطيع أن يُمارس حقّه بالإحياء، إذا لم تكن هناك مزاحمةٌ من غير النّازل.

(و) إنّ حقّ الوظيفة، وإن كان لا يجوز بيعُه، ولكن يجوزُ النّزولُ عنه بمالٍ، وكذلك حقٌّ استئجار الدّار أو الحانوت، لا يجوز بيعُه، ولكن يجوز التّنازل عنه بعوضٍ ماليٍّ، بشرط أن تكون الإجارةُ لمدّة معلومة، ويتنازل المستأجرعن حقّه في البقاء على الإجارة. فيحقّ للمنزول له أن يعقد الإجارة مع المؤجر.

(ز) لايجوز ما يُسمّى في البورصات العالميّة "بيع الاختيارات" (options) والاختيارعبارةٌ عن التزام أحد الطّرفين ببيع شيئٍ أو شراءه بسعرٍ متّفقٍ عليه خلالَ مدّة معلومة. وبمجرّد هذا الالتزام يُطالب بائعُ الاختيارعوضاً عن هذا الالتزام.

٤٥- ويُشترط لانعقاد البيع أن يكون العوضان مالاً متقوّماً في العُرف والشّريعة. فأمّا التّقوّم في العُرف، فيتبعُ إمكانَ الانتفاع، فما لاينتفعُ به ليس متقوّماً. وأمّا التّقوّم في الشّرع، فأن تُبيح الشّريعةُ الانتفاعَ بها في شكلٍ أو آخر. فما لايجوز الانتفاعُ به في صورةٍ من الصُّورليس متقوّماً شرعاً. وعلى هذا، فالخمر والخنزير ليسا متقوّمين للمسلمين، وإن كانا متقوّمين في تعاملات

www.besturdubooks.wordpress.com

أهل الكتاب فيما بينهم. والأصل فيه أنّ ما أمكن استعمالُه في مُباحٍ جاز بيعُه، وما لم يُمكن استعمالُه بطريقٍ مُباحٍ، لايجوز بيعه، لكونه غيرَ متقوِّمٍ شرعاً.

٤٦- ويُشترط لانعقاد البيع أن يكونَ المبيعُ موجوداً عند العقد، فلايصحّ بيعُ المعدوم المحض، إلاّ في السَّلم والاستصناع بشروطهما. وما وُجد بعضُه ولم يوجد بعضُه، مثلُ ثمار الشَّجرة، يجوز بيعه عند الحاجة. أمّا بيعُ المسلَم فيه وبيعُ محلِّ الاستصناع قبل التَّسليم، فلا يجوز.

٤٧- ويُشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع. فبيعُ ما لايملكه البائع باطل. وكذلك بيعُ ما هو مباحُ الأصل شرعاً، مثلُ ماء البحار والأنهار، والكلأ، والنّار. ولايُشترط لصحّة البيع أن يكون المشتري مالكاً للنّقود عند العقد، فيصحّ البيعُ وتجب عليه النّقود في ذمّته.

٤٨- ويُشترط لانعقاد البيع أن يكونَ البائعُ قادراً على تسليم المبيع. فما لايقدرُ البائعُ على تسليمه عند العقد، بيعُه باطل، مثلُ أن يبيعَ ضالّته التي لايعرفُ مكانَها، أو يبيعَ الطَّير في الهواء، أو يبيع السَّمك في البحر أو النَّهر. ويدخل فيه بيعُ الدَّين من غير المدين. أمّا بيعُه من المدين، فجائزٌ بثمنٍ حالٍّ لايستلزم الرِّبوا. ولايجوز بيعُ الكمبيالات والسَّندات، ولاحسمُها بثمنٍ أقلَّ من قيمتها الاسميّة. ولكن يجوز نقلُها إلى آخر بالحوالة على أساس قيمتها الاسميّة. لكن يجوز بيعُ متجرٍ بجميع ماله وما عليه، بما فيها ديونُه القابلة للتّحصيل، لأنّ المقصودَ بيعُ أعيانِ المتجر، ودخلت الدُّيونُ في البيع تبعاً.

٤٩- ويُشترط لصحّة البيع أن يكون كلُّ واحدٍ من المبيع والثّمن معلوماً. فإن كان هناك جهالةٌ في المبيع، سواءٌ كان في جنسه أو في قدره، فالبيعُ فاسد، إن

www.besturdubooks.wordpress.com

كانت مفضية إلى النزاع، إلا إذا اشترط أحد العاقدين خيار التعيين، فيثبت فيه أحكام خيار التعيين.

والجهالة في تعيين المبيع مفسدة إن كان المبيع مما تتفاوت آحاده، مثل بيع شاة واحدة غير معينة من القطيع. أما إن كان المبيع مما لاتتفاوت آحاده، فعدم التعيين لايفسد البيع، مثل بيع عشرة كيلو من صبرة حنطة، وللمشتري الخيار في تعيين العشرة من الصبرة.

٥٠- بيع البضائع وهي معبأة في علب أو في كرتين، بحيث لايشاهد عينها، جائز بشرط أن يكون جنسها ووصفها معلوما، إما بالإفصاح عنها بالكتابة على العلبة أو الكرتون، وإما بكون اسمها أو علامتها التجارية تنبئ عن هذه الأوصاف. فإن وجدت البضاعة بخلاف الأوصاف، ثبت للمشتري خيار فوات الوصف.

٥١- كون المبيع مشاعا لاينافي معلوميته، فيجوز بيع حصة مشاعة من بناء أو أرض أو عروض، بشرط أن لايستلزم ضررا على الشريك الذي لم يبع حصته.

٥٢- يجوز بيع أسهم الشركات المساهمة وشراءها، بشرط أن تكون الشركة قد ملكت أموالا غير النقود، وأن يكون نشاطها حلالا. فإن علم أن في مواردها جزء محرم، مثل الفوائد الحاصلة من الودائع في البنوك، وجب على صاحب السهم التصدق بما يساوي حصته من الإيراد المحظور الذي دخل في الشركة. أما إذا لم تكن الشركة بدأت في نشاطها، وإن مملوكاته

www.besturdubooks.wordpress.com

تتمحّض في النقود، فلايجوز بيع أسهمها بأقل أو أكثر من قيمتها الاسمية.

٥٣- ويُشترط لصحة البيع أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، وأن يكون البائع قد قبض المبيع حقيقةً أو حكماً. فمن اشترى شيئاً، وباعه إلى آخر قبل أن يقبضه، فالبيع فاسد. والقبض الحقيقي: أن يكون المبيع في حيازته حساً، والقبض الحكمي: التخلية. وهي أن يمكّنه البائع من القبض الحسي متى شاء بدون مانع. والتخلية تقوم مقام القبض في جميع المبيعات، سواء كانت مكيلةً أو موزونةً أو عدديةً أو عقاراً، إلا في الصرف، فإنه لاتقوم فيه التخلية مقام القبض، بل يجب القبض الحسي.

٥٤- الحصول على وثيقة من المخزن تمثّل سلعة معيّنة بالأرقام، بحيث يستطيع حامل الوثيقة في أي وقت أن يتسلّم السلعة من المخزن يعتبر تخلية وقبضاً حكمياً. وكذلك لو كانت الوثيقة تمثّل حصّةً مشاعةً في السلع المخزونة، فإن القبض على تلك الوثيقة قبض حكماً.

٥٥- إن كان الثمن نقداً، فلايُشترط لصحة البيع أن يكون الثمن في ملك المشتري عند العقد، فإنه يجب في ذمة المشتري، فيجوز له أن يتملكه عند الأداء، سواء أكان البيع حالاً أم مؤجلاً.

٥٦- الجهالة في الثمن مفسدةٌ للبيع. أما إن اتفق المتبايعان على معيار منضبط لتحديد الثمن، مثل سعر السوق، وآلت الجهالة إلى العلم عند الأداء، فهي غير مفسدة للعقد.

٥٧- جهالة الأجل المضروب لأداء الثمن مفسدةٌ للبيع.

٥٨- إيداع النقود في رصيد أحد في البنك، سواء أكان إيداعاً مباشراً، أم عن

www.besturdubooks.wordpress.com

طريق التحويل المصرفيّ يُعتبر قبضاً لتلك النقود من صاحب الرّصيد، ويُعتبر البنك وكيلاً له في القبض. وكذلك تسليم الشّيك المصرفيّ يُعتبر تسليماً لمحتواه. أمّا الشّيك الشّخصيّ فلا يُعتبر تسليماً لمحتواه حتّى يقبضه المدفوعُ إليه أو يودعه في رصيده.

٥٩- الدّفعُ عن طريق بطاقة الحسم الفوريّ، أو بطاقة الحسم المتأخّر، أو بطاقة الإئتمان حوالةٌ تبرأ بها ذمّةُ المشتري، وتنطبق عليها أحكامُ الحوالة.

٦٠- النّقود المعدنيّة أو الورقيّة لاتتعيّن بالتّعيين في العُقود الصّحيحة، فإن أشار المشتري إلى نقودٍ عند العقد، جاز له أن يدفع غيرَها. وكذلك لاتتعيّن في العقود الفاسدة، ولكنّها تتعيّن في الأمانات والعقود الباطلة.

الشّروط التي ترجع إلى صُلب العقد

٦١- يُشترط لجواز البيع وصحّته أن يكون منجزاً في الحال، فلايصحّ البيعُ المعلّقُ على شرط، ولابيعٌ مضافٌ إلى تاريخ لاحق في المستقبل.

٦٢- إن كان البيعُ مشروطاً بشرطٍ فاسد، فالبيعُ فاسد. والشّروط المشروطة في البيع كلّها فاسدة إلاّ ما دخل في أحد الأنواع الثّلاثة:

(ألف) أن يكون الشّرطُ داخلاً في مقتضى العقد، مثل أن يسلّم البائعُ المبيعَ إلى المشتري، أو أن ينقُد المشتري الثّمن.

(ب) أن يكون مُلائماً للعقد، مثل أن يُشترط في البيع المؤجّل تقديمُ كفيل أو رهن من قبل المشتري.

(ج) أن يكون الشّرطُ ممّا تعارف عليه التّجّار من غير نكير، مثل أن

www.besturdubooks.wordpress.com

يُشترط في بيع الثلاّجة أن ينصبها البائعُ في بيت المشتري، وأن يلتزم بصيانته إلى مدّةٍ معلومة.

٦٣- لايجوز اشتراطُ صفقةٍ في صفقة، مثل أن يبيعَ البائعُ سيّارةً بشرط أن يؤجرَه المشتري داره، إلاّ إذا اقتضت طبيعةُ عمليّةٍ تجاريّةٍ تنظيمَ عقودٍ في صفقةٍ واحدة، وجرى بذلك العُرف من غير نكير، مثل قيام وكلاء السَفر بتنظيم رحلات الحجّ والعمرة، أو الرّحلات السّياحيّة الّتي تحتاج إلى الحصول على التّأشيرة، وتذاكر السّفر، والإقامة في فنادق، أو الخيام، وتوفير الوجبات، وكلّ ذلك بصفقةٍ واحدةٍ وعوضٍ معلوم.

٦٤- لايجوز البيعُ بالوفاء، وهو أن يبيعَ البائعُ شيئاً بثمن معلوم، على أنّ المشتريَ إذا ردّ عليه الثّمن، ردّ عليه البائعُ ذلك الشّيئ. والصّحيحُ أنّه من قبيل الرّهن، فلا يجوز للمشتري أن ينتفعَ بالشّيئ الّذي اشتراه بهذ الشّرط، لأنّه في الحقيقة انتفاعٌ بالمرهون، وداخلٌ في الرّبا. أمّا إذا وقع البيعُ بدون هذا الشّرط، ثمّ وعده المشتري بعد البيع بأنّه كلّما جاء البائعُ بالثّمن، فإنّه يبيعُ إليه المبيع، فهذا وعدٌ جائز، وملزمٌ قضاءً. وإن كان هذا الوعدُ قبل البيع، ثمّ وقع البيعُ بدون اشتراط ذلك في العقد، فإن صرّحا بأنّ البيعَ مبنيٌّ على الوعد السّابق، فهو كالمشروط في البيع، فلايجوز. أمّا إذا لم يُصرّحوا ببناء البيع على الوعد السّابق، فإنّه جائز.

٦٥- بيع الاستغلال أن يبيعَ البائعُ بالوفاء، ثمّ يستأجر المبيعَ من المشتري. فإن كان إعادةُ البيع أو الاستئجار مشروطاً في البيع، فإنّه غيرُ جائز. أمّا إن وقع البيعُ بدون شرط الوفاء، ولكن وعد المشتري بالوفاء منفصلاً عن عقد البيع، ولم يشترط الإجارةَ في البيع، ثمّ استأجر البائعُ المبيعَ بدون شرطٍ سابق، فهو

www.besturdubooks.wordpress.com

جائز، بشرط أن يقبض المشتري المبيع أولاً، ثم يؤجره إلى البائع.

٦٦- البيع الإيجاري (Hire-Purchase) حقيقته أن مالك العين يؤجرها إلى آخر بشرط أن المستأجر إذا وفى بجميع أقساط الأجرة في مدة معلومة، فإنه يستحق تملكها دون دفع أي ثمن يعتد به. وهو غير جائز شرعاً، لكون العقد متردداً بين البيع والإجارة.

٦٧- الإجارة التمويلية التي لايتحمل فيها المؤجر ضمان العين المؤجرة، ولا بصيانتها الأساسية التي لا تحصل المنفعة إلا بها، ويطالب الأجرة بالرغم من هلاك العين بدون تعد من المستأجر، محظورة شرعاً.

٦٨- الإجارة المنتهية بالتمليك، أن يؤجر المؤجر عيناً بدون أي شرط لا يقتضيه العقد. ثم يعد المؤجر أن المستأجر لو وفى الأجرة بكاملها في أحيانها، فإن المؤجر سوف يبيعه منه بثمن متفق عليه. وإنه جائز بشروط آتية:

(أ) وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

(ب)- أن تكون الإجارة فعلية، وليست ساترة للبيع.

(ج)- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك، لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

www.besturdubooks.wordpress.com

(د)- إذا اشتمل العقدُ على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التّأمين تعاونياً إسلامياً، لا تجارياً، ويتحمّله المالك المؤجر، وليس المستأجر.

(ه)- يجب أن تُطبّق على عقد الإجارة المنتهية بالتّمليك أحكامُ الإجارة طوالَ مدّة الإجارة، وأحكامُ البيع عند تملّك العين.

(و)- تكون نفقاتُ الصّيانة غيرِ التّشغيليّة على المؤجر، لا على المستأجر، طوالَ مدّة الإجارة.

٦٩- يجوز استثناءُ شيئٍ أوقدرٍ معلوم من المبيع، والأصلُ فيه أنّ ماجاز بيعُه انفراداً، جاز استثناؤه من البيع، ومالم يجز بيعه انفراداً، لايجوز استثناؤه.

تقسيمات البيع

التّقسيم الأول: من حيثُ طريق وفاء العوضين

٧٠- إن كان مقتضى عقد البيع أنّ البائع يحِقّ له مطالبةُ الثّمن، ويحقّ للمشتري مطالبةُ تسليم المبيع فوراً، فإنّ البيع يُسمّى "البيع الحالّ". ويجوز في هذاالبيع أن يحبس البائعُ المبيعَ حتّى يستوفيَ الثّمن. وإن لم يكن هناك صراحةٌ في عقد البيع بأنّ الثّمن يجب على المشتري في المستقبل، فإنّ البيع يُعتبر حالاً، ويجوز للبائع أن يُطالب به في أيّ وقتٍ شاء.

٧١- لايجوز بيعُ الكالئ بالكالئ، وهو أن يكون كلُّ واحدٍ من البدلين مؤجّلاً.

٧٢- إن اشتُرط في عقد البيع أنّ الثّمن يجب على المشتري في تاريخ لاحق، فإنّه يُسمّى "البيع المؤجّل." ويُشترط لجوازه أن يكون الأجل، أي موعدُ دفع

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّمن معلوماً لدى العاقدين. ويجوز أن يتّفق العاقدان على أنّ الثّمن يُدفع بأقساط، بشرط أن يكون قدرُ كلّ قسطٍ وموعدُ تسليمه معلوماً. فإن كان فيه جهالةٌ مفضيةٌ إلى النّزاع، فسد العقد.

٧٣- الأجلُ في البيع المؤجّل حقٌّ للمشتري، فلا يجوز للبائع مطالبةُ الثّمن قبل حلول الأجل. ولا يجوز له حبسُ المبيع لاستيفاء الثّمن، ولكن يجوز أن يُطالب البائعُ المشتريَ بتقديم كفالةٍ أو رهنٍ. ويجوز أن يرهن المشتري نفسَ المبيع بعد قبضه، ولايجوز أن يرهنه قبل قبضه.

٧٤- يجوز أن يكون الثّمنُ في البيع المؤجّل أكثرَ من الثّمن في البيع الحالّ، بشرط أن يتّفقا على أنّه بيعٌ مؤجّل، وعلى الثّمن وعلى موعد تسليم الثّمن. ولايجوز أن يُترك العقدُ متردّداً بين كونه حالاً أو مؤجّلاً. مثل أن يقول البائع: ثمنُه الحالُ عشرة، وثمنه المؤجّل خمسة عشر، ويذهب المشتري بالمبيع بدون تعيين أحد الخيارين، كما لايجوز أن يتّفقا على أنّ البيع مؤجّل، ولكن يقول البائعُ: "إن أتيتُ بالثّمن بعد شهر، فهو خمسة عشر، وإن أتيتَ بعد شهرين، فإنّه عشرون" ويفترقان دونَ تعيين أحد الأجلين. ويجوز ذكرُ أثمانٍ مختلفة لآجال مختلفة عند المساومة فقط، ولكن لابدّ لجواز البيع من أن يبُتّ العاقدان بأحد تلك الآجال وثمنه قبل الافتراق، فإن لم يتعيّن الأجل والثّمن، فسد العقد.

٧٥- لايجوز للبائع أن يزيدَ في الثّمن إن لم يقدر المشتري المديونُ على وفاء الثّمن عند حلول الأجل، ولايجوز إمهاله بعوض. فإن كان معسراً، وجب على البائع أن يُمهلَه بدون زيادةٍ في الثّمن. وإن كان موسراً، يُطالبه بالقضاء،

www.besturdubooks.wordpress.com

وحينئذ يجوز له أن يُطالب المديونُ بالنفقات الفعليّة الّتي تكبّدها بالرّجوع إلى القضاء، ولايجوز المطالبةُ بما زاد على النّفقات الفعليّة الحقيقيّة.

السلم والاستصناع

٧٦- السّلم بيع آجل بعاجل، بمعنى أنّ المشتريَ يدفع الثّمن عند العقد، ويكون المبيعُ في ذمّة البائع ليُوفيَه في أجل متّفق عليه. والمشتري في السّلم يُسمّى "ربّ السّلم" أو: "المُسلِم" والبائعُ "المسلَم إليه" والثّمنُ "رأسَ المال" والمبيعُ "المسلَم فيه". وإنّ هذا البيعَ لايجوز إلاّ بشروطٍ آتية بعضُها ترجع إلى نفس العقد، وبعضُها إلى الثّمن، وبعضُها إلى المسلَم فيه، وبعضُها إلى تسليم المسلم فيه.

٧٧- أمّا الشّروط الّتي ترجع إلى نفس العقد، فهي نفسُ الشّروط العامّة لجواز البيع، من أهليّة العاقدين وغيرها.

٧٨- وأمّا الشّروط الّتي ترجع إلى رأس المال (أي الثّمن المقدّم). فهي ما يأتي:

(ألف) إن كان رأسُ المال من النّقود، وجب تعيينُ العُملة، مثلُ الدّراهم أو الدّنانير، أو الرّيالات أو الرّبيات وغيرها. وإن كان من الأعيان، وجب بيانُ جنسه ونوعه، مثلُ الحنطة، أو التّمر، أو الثّوب.

(ب) بيانُ صفته إن كان رأسُ المال يتفاوتُ في صفاته.

(ج) بيانُ قدره إن كان العقدُ يتعلق بقدره من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

(د) أن يكون رأس المال مقبوضاً في مجلس عقد السّلم. وإن كان

www.besturdubooks.wordpress.com

تسليمُ رأس المال عن طَريق البنك، فإن كان عن طَريق الشّيك المصرفيّ أو عن طريق الشّيك المصدّق، فهو في حُكم القبض، لأنّ البنكَ وكيلٌ عن المسلَم إليه في قبضه. وإن كان عن طريق الشّيك الشّخصيّ غير المصدّق، أو عن طريق التّحويل المصرفيّ، فليس بقبضٍ حتّى يسحبه المسلم إليه. أو يتمّ التّقييد في حساب المسلَم إليه. ويُغتفر التّأخير العاديّ اللاّزم في إجراآت التّقييد والتّحويل المصرفيّ.(١)

أمّا إذا عجّل ربّ السّلم بعضَ رأس المال وأخّر بعضه، بطَل السّلم فيما لم يقبض. ويسقطُ بحصّته من المسلَم فيه، ويصحُّ في الباقي بقسطه، إن كان المسلم فيه يتحمّل التّبعيض.

٧٩- لايجوز أن يكون الدَّينُ رأس مال السّلم، سواءٌ كان في ذمّة المسلم إليه أو في ذمّة غيره حتّى يُنقد في مجلس العقد.

٨٠- إن كان المتعاقدان في بلدين، ويُريدان أن يعقدا السّلم، فطريقه عند الجمهور أن يُرسِل ربُّ السّلم مبلغَ رأس المال إلى المسلم إليه مقدّماً، ويكونُ هذا المبلغُ أمانةً عند المسلَم إليه، فلمّا تسلّمه، عقدا السّلمَ بطريق الهاتف أو آلات الاتّصال الأخرى، وبالإيجاب والقبول الشّفهيّ ينتقل المبلغ الموجود عند المسلم إليه من قبض الأمانة إلى رأس مال السّلم. ويُمكن أيضاً أن يُرسِل البائعُ رأس مال

(١) وذلك إمّا لكونه قبضاً حكميّاً في غير الصّرف، وإمّا على مذهب المالكيّة في جواز تأخير تسليم رأس المال إلى ثلاثة أيّام.

www.besturdubooks.wordpress.com

السّلم عن طريق التّحويل المصرفيّ، ويعقد السّلم هاتفياً.

٨١- أمّا المسلم فيه، فتجب فيه شروط آتية:

(ألف) أن يكونَ المسلم فيه معلوماً بجنسه، ونوعه إن كانت له أنواع، وصفته، مثل كونه جيّداً، أو وسطاً، أو رديئاً، وقد تعورف في زمننا أنّ الأنواعَ تُقسّم إلى الدّرجة الأولى والثّانية وغيرها، مثل القُطن، والحنطة. فإن كان كذلك، يُشترط بيانُ الدّرجة المطلوبة. وكذلك يجب أن يكونَ قدره معلوماً، و أن يكون معيارُ القدر ممّا يؤمَن فقدُه عن أيدي النّاس. فإن اشترط الكيلَ بمكيالٍ لايُعرف عيارُه بأن قال:" بهذا الإناء "ولم يُعرف كم يسع فيه، أو بحجرٍ لايُعرف عيارُه، ولايُعلم كم وزنُه، أو بخشبةٍ لايُعرف قدرُها، أوبذراع يده، لايجوزالسّلم. وحاصلُ هذه الشّروط أن ينضبط المسلَمُ فيه، بحيث لايبقى في ضبطه احتمالُ النّزاع.

(ب) أن يكون المسلمُ فيه من المثليّات، فيجوز السّلمُ في المكيلات، أو الموزونات، أو المذروعات، أو العدديّات المتقاربة الّتي لاتتفاوت آحادُها إلاّ تفاوتاً يسيرا يُتسامح في مثله عرفاً، كالجوز والبيض. وعلى هذا، فإنّه يجوزُ السّلم في السيّارات والدّرّاجات والطّائرات والثّلاّجات والمكيّفات والأدوات المنْزليّة والكهربائيّة الّتي ينضبط نوعُها ووصفُها وموديلُها ولونُها، ونحوذلك من الأوصاف الّتي لها دخلٌ في رغبة المشترين، ولا

www.besturdubooks.wordpress.com

بأس بتعيين المصنع أو العلامة التجارية، بشرط أن يكون المسلَمُ فيه عامَّ الوجود في محلّه بحكم الغالب عند حلول أجله.[1]

ولايجوز السّلمُ في العدديّات المتفاوتة من الجواهر واللآلئ والجلود والأُدم والرؤوس والأكارع والبطّيخ والقثّاء والرّمّان والسّفرجل، ونحوها من العدديّات الّتي تتفاوت آحادها، لأنّه لايمكن ضبطُها بالوصف، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالةٌ فاحشةٌ مفضيةٌ إلى المنازعة.

(ج) أن لا يكون المسلَمُ فيه معيّناً بمحلٍّ يمكن أن ينقطع فيه، مثل أن يُسلم في ثمرة شجرةٍ بعينها، أو بستانٍ بعينه، أو منتج شركةٍ معيّنة يحتمل انقطاعه في مدّة السّلم. وكذلك لايجوز السّلم في أسهم الشّركات، لأنّ الشّركاتِ ممّا يمكن انقطاعها أو تصفيتُها، فصار مثلَ السّلم في ثمرة بستان معيّن، ولأنّ السهم عبارةٌ عن حصّةٍ مُشاعة من موجودات الشّركة، وهيَ تشتمل على ما لايجوز فيه السّلم، مثل الأبنية والمفروشات المتعيّنة، والعدديّات المتفاوتة. والله سبحانه أعلم.

٨٢- أمّا الشّروط الّتي ترجعُ إلى تسليم المسلَم فيه، فهي مايأتي:

(ألف) أن يكون تسليمُ المسلَم فيه مؤجّلاً بأجل معلوم. ولامانع من تحديد آجال متعدّدة لتسليم المُسلَم فيه على دُفعاتٍ بشرط تعجيل

---

(١) المعيار الشّرعيّ رقم ١٠ بشأن السّلم والسّلم الموازي الصّادر من المجلس الشّرعيّ بند ٨/٢/٣

www.besturdubooks.wordpress.com

رأس مال السّلم كلّه.

(ب) أن يكون محلُّ تسليم المسلم فيه معلوماً. ولو لم يُذكر محلّ التّسليم في العقد، وجب التّسليم في محلّ العقد.

(ج) أن يُسلّم نفس المسلم فيه الّذي اشترط في العقد. فلا يجوز استبداله بشيئٍ آخر، ولو برضا ربّ السّلم. لأنّ استبداله بشيئٍ آخر يؤدّي إلى بيع المسلّم فيه قبل قبضه، وهو لايجوز.

(د) أن يقع التّسليمُ حسب المواصفات الّتي اتّفق عليها العاقدان في العقد. فإن سلّم بغير هذه المواصفات، لم يصحّ التّسليم، إلاّ أن يرضى به ربُّ السّلم، إلاّ إذاكان ما سلّمه أجود ممّا اتّفقا عليه، ولا يفوتُ به غرضُ ربّ السّلم.

٨٣- "السّلم الموازي" هو أنّ المسلّم إليه بعد التزامه بتسليم المسلّم فيه إلى ربّ السّلم في موعدٍ محدّد، قد يعقد السّلمَ مع جهةٍ أخرى، يكون هو فيه ربّ السّلم. مثاله: أنّ شركة ألف أسلمت مائة وعشرة آلاف في كمّيّة محدّدة من القُطن تُسلَّم إليها شركةُ ب في أوّل شهر يناير. وشركة ب في هذا العقد مُسلَّمٌ إليها. ثمّ تُسلِمُ شركة ب مائة ألفٍ إلى أحد زارعي القُطن في نفس كمّيّة القطن بالتزام التّسليم في أوّل شهر يناير. وشركة ب في هذا العقد الثّاني ربّةُ السّلم، وزارع القُطن هو المسلّمُ إليه. ومقصود شركة ب أن تحصُل على الكمّيّة المطلوبة من القُطن في أوّل شهر يناير. لتتمكّن من تسليمها إلى شركة ألف حسب العقد الأوّل، وتنتفع بالفرق بين رأس مال السّلمين. وإنّ هذا العقد الثّاني

الّذي عقدته شركة ب مع زارع القطن يُسمّى "السّلم الموازي".

وإنّ السّلم الموازيَ بهذا الشّكل إنّما يجوز إن لم يكن هناك ربطٌ بين العقدين، وأن تكونَ الحقوقُ والالتزاماتُ النّاشئةُ عن السّلم الموازي مستقلّةً عن السّلم الأوّل، بمعنى أنّه إن أخلّ زارع القُطن في المثال المذكور بالتزاماته في السّلم الموازي، فإنّ المسلَم إليه في السّلم الأوّل لايتحلّل من التزاماته، بل يجب عليه أن يُسلّم الكمّيّةَ المطلوبةَ من القُطن إلى ربّ السّلم الأوّل، (الّذي هو شركة ألف في المثال المذكور) ولو اضطُرّ لذلك إلى شراءها من السّوق.

٨٤- "الاستصناع" أن يطلُب المشتري من البائع أن يأتيَ له بشيءٍ مصنوعٍ بموادّ من عنده موصوفٍ في الذّمّة، ويلتزمُ البائعُ بذلك لقاء ثمنٍ متّفقٍ عليه. وهو بيعٌ مستثنىً من منع بيع المعدوم. ويجب لصحّة الاستصناع أن تتوافر فيه شروطٌ آتية:

(ألف) أن يكونَ المعقودُ عليه ممّا يحتاج إلى صنعة. فلا يُمكن الاستصناعُ فيما لاصنعة فيه، مثل الحنطة أو الشّعير أوالمنتجات الزّراعيّة الأخرى.

(ب) أن يحدّدُ المعقودُ عليه بمواصفاتٍ منضبطة، فلا يجوز أن يكون محلُّ الاستصناع شيئاً معيّناً بذاته، مثل سيّارةٍ معيّنة.

(ج) أن لايضرب لتسليم المعقود عليه أجلٌ للاستمهال، ومعنى الاستمهال أن يضربَ الصّانعُ أجلاً زائداً على مدّةٍ تحتاج إليه الصّناعة

www.besturdubooks.wordpress.com

عادةً مع مراعاة تعداد المستصنعين، والمقصود بضرب ذلك الأجل الزائد الحصولُ على نقدٍ حالاً، لينتفع به في حاجاته إلى الأجل المضروب. فإن ضُرب الأجلُ في الاستصناع لعين هذا المقصودِ صار سَلماً، فيجب أن تتوافر فيه شروط السَّلم، ومنها تعجيل رأس المال. أمّا إذا ضُرب الأجلُ للتّمكن من إعداد المصنوع حسبَ المواصفات، فهذا التّأجيلُ من طبيعةِ العقد، وهو للاستعجال، لا للاستمهال.

٨٥- يجبُ أن يكون المصنوعُ في الاستصناعِ موافقاً للمواصفات الّتي اتّفق عليها الطّرفان، ولايجوز أن يُعقد الاستصناعُ على شيئٍ معيّنٍ مصنوعٍ من قبلُ.

٨٦- إذا وقع العقد على أساس المواصفات، لاعلى شيئٍ معيّن، ولكن أتى الصّانع عند التّسليم بشيئٍ مصنوعٍ من قبلُ، جاز إن كان موافقاً للمواصفات المعقود عليها.

٨٧- والمصنوعُ قبلَ التّسليم مِلكٌ للصّانع، ولهذا يجوز له أن يبيعَه من غيره قبل أن يقبله المستصنع، بشرط أن يتمكّن الصانعُ من تسليم مثله إلى المستصنع في موعده. فإن لم يتمكّنْ لايجوزُ له بيعُه إلى غير المستصنع، لأنّه يؤدي إلى عدم التّسليم إلى المستصنع في موعده المعقود عليه. وقد مرّ ترجيحُ أنّ الاستصناع عقدٌ لازم.

٨٨- إنّ المصنوعَ قبل التّسليم مضمونٌ عليه، فيتحمّل الصّانعُ جميعَ تبعاتِ الملك من صيانته وحفظه، فإن هلك قبل التّسليم هلك من مال الصّانع.

٨٩- وبما أنّ المصنوعَ ملكٌ للصّانع، وليس مِلكاً للمستصنع قبلَ التّسليم، فلا يجوز للمُستصنع أن يبيعه قبل أن يُسلَّم إليه.

٩٠- تبرأ ذمّةُ الصّانع بتسليم المصنوعِ إلى المستصنع، أو تمكينه منه بالتّخلية، أو

www.besturdubooks.wordpress.com

تسليمه إلى من يحدده المستصنع وكيلاً عنه في القبض. وبهذا ينتقل ضمانُ المصنوع من الصانع إلى المستصنع.

٩١- إذا كان المصنوعُ وقتَ التسليم غير مطابق للمواصفات، فإنه يحقُّ للمستصنع أن يرفضه أو أن يقبله بحاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء، ويجوز للطرفين أن يتصالحا على القبول، ولو مع الحطّ من الثمن. وإن كان موافقاً للمواصفات المشروطة في العقد، فلا خيار للمستصنع بعد رؤيته، بل لزمه قبوله.

٩٢- يجوز التسليمُ قبل الأجل، لأنّ لأجل فيه للاستعجال لا للاستمهال.

٩٣- إذا امتنع المستصنعُ عن قبض المصنوع بدون حقٍّ بعد التخلية من الصانع وتمكينه من القبض، يكونُ المصنوع أمانةً في يد الصانع، لا يضمنه إلاّ بالتعدي أو التقصير، ويتحمّل المستصنع تكلفةَ حفظه.

٩٤- يجوز أن يُنصّ في عقد الاستصناع أنّ المستصنع إن تأخر في قبض المصنوع مدةً معيّنةً بعد وقوع التخلية والتمكين من الصانع، فإنّ المستصنع يوكّله ببيعه على حسابه، ويستوفي منه ثمن الاستصناع. وإن وجدت زيادةٌ يردّ إليه، وإن وُجد نقصٌ رجع على المستصنع بالفرق.

٩٥- يجبُ أن يكون ثمنُ الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد.

٩٦- لايجب أن يكون الثمنُ معجّلاً كما في السّلم، بل يجوز أن يكون معجّلاً أو مؤجّلاً أو مقسّطاً، ويجوز أيضاً أن تكون أقساطُ الثمن مرتبطةً بالمراحل المختلفة لإنجاز المشروع، إذا كانت تلك المراحلُ منضبطةً في العُرف، بحيثُ لا ينشأ فيها نزاع.

٩٧- الثّمنُ المدفوعُ مقدّماً عند إبرام العقد مملوكٌ للصانع يجوزُ له الانتفاع والاسترباحُ به، وتجب عليه الزكاة فيه، ولكنّه مضمونٌ عليه بمعنى أنه إذا

www.besturdubooks.wordpress.com

انفسخ العقدُ لسببٍ من الأسباب، يجبُ عليه ردّ الثمن على المستصنع، ويكون ربحُه للصانع بحُكم الضمان.

٩٨- يجوز أن يكون ثمنُ الاستصناع منفعةً، ولايجبُ أن يكونَ عيناً. لأنّ المنفعة تصلُح أن تكون ثمناً في كُلٍّ من البيع والإجارة.

وعلى هذا الأساس، يمكن تخريجُ العقود التي تُسمّى "عقود البناء والتشغيل" (Build, Operate and Transfer) وحقيقةُ هذه العقود أنّ الحكومة تُفوّض بناءَ مشاريع الشّوارع العامّة أو الجسور أو غيرها إلى جهةٍ مختصّةٍ تلتزم إنجازَ المشروع في مدّةٍ معلومة، وتمنحها الحكومةُ حقَّ تشغيل هذه الشّوارع أوالجسور إلى مدّة معيّنة، والحصولِ على ما يَدرّ من دخلٍ. وبعد انقضاء تلك المدّة يُسلِّم المشروعُ إلى الحكومة. وهو استصناعٌ من قِبَل الحكومة، وثمنُه منفعةُ المشروع نفسه إلى مدّةٍ متّفق عليها بين الطّرفين.

٩٩- لايجوز تحديدُ ثمن الاستصناع على أساس المرابحة، بأن يحدّد الثمنُ بالتّكلفة وزيادةٍ معلومة، لأنّ محلّ المرابحة يجبُ أن يكون شيئاً موجوداً مملوكاً معلومَ الثّمن عند العقد. وعقدُ الاستصناع يُبرَم قبل التّملّك، لأنّه بيعٌ موصوفٌ في الذّمّة غيرُ معيّن. ولأنّ التّكلفة لاتُعرف إلاّ بعد الإنجاز. والثّمنُ يجب أن يكونَ معلوماً عند العقد.

١٠٠- إن طرأت ظروفٌ تستدعي تعديلَ ثمن الاستصناع زيادةً أو نقصاً. فإنّه يجوز باتّفاق الطّرفين. وينبغي أن يجوز اتّفاقُ الطّرفين على معيارٍ للتّعديل في بداية العقد، مثل أن يتّفقا على أنّه إن زاد سعر الاسمنت أو الحديد في استصناع بناءٍ بنسبةٍ معلومة، فإنّ الثّمن يزيد أو ينقص بتلك النّسبة. وهذا

www.besturdubooks.wordpress.com

مما لامحيص عنه في الظروف التي تتذبذب فيها الأسعار خلال مدة قصيرة. والله سبحانه أعلم.

١٠١- يجوز الاتفاق في العقد على شرط جزائي بأنّ الصانع إن تأخر في تسليم المصنوع، فإنّه ينقص من ثمنه جزء مقابل للتأخير.

التقسيم الثاني: من حيث ربحيّة البيع

المرابحة

١٠٢- المرابحة: بيع يتفق فيه الطرفان على أنّ البائع يبيع المبيع بتكلفته وزيادة ربح معلوم، مثل أن يقول: "بعتك هذا الشيئ بما قام عليّ وزيادة عشرة دراهم، أو بزيادة نسبة عشرة في مائة على ما قام علي" والتكلفة تُسمّى في الاصطلاح "رأس المال" والزيادة عليه "ربحا".

١٠٣- التولية: بيع يتفق فيه الطرفان على أنّ البائع يبيع المبيع بتكلفته، بدون أيّ ربح. ومن أقسامه الإشراك.[١] وهو أن يكون أحد الطرفين اشترى شيئاً لنفسه، ثم أشرك الآخر في حصّة منه بنسبته من الثمن. مثل أن يشتري أرضاً بمائة ألف، ثم يُشْرِك غيره في نصفها بخمسين ألفاً.

١٠٤- الوضيعة: وهي البيع الذي يتفق فيه الطرفان أنّ البائع يبيع المبيع بأقلّ من تكلفته.

وإنّ هذه الأقسام الثلاثة تُسمّى "بيوع الأمانة"، لأنّ معظم أحكامها تدور على صدق القول في بيان التكلفة، وما سيأتي من أحكام المرابحة في

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

الإفصاح عن التّكلفة ينطبق على التّولية والوضيعة أيضاً.

١٠٥- وأمّا شروطُ جوازِ المرابحة فهي ما يأتي:

(ألف) إن كان رأسُ المال نقداً، فجواز المرابحة واضح، مثل أن يكون البائعُ اشترى شيئاً بمائة درهم، فيجوز له أن يبيعَه مرابحةً بربح عشرة. أمّا إن كان رأسُ المال عرضاً، فيُشترطُ أن يكون رأسُ المال من ذواتِ الأمثال، من المكيلات مثل البنزين، والموزونات، مثل المنتجات الزّراعيّة والعدديّاتِ المتقاربة، مثل الأواني في زماننا، فيجوزُ لمن اشترى شيئاً بهذا النّوع من رأس المال أن يبيعَ ذلك الشّيئ مرابحةً، مثل أنّه اشترى ثوباً بكيلو من الحنطة، جاز له أن يقول للمشتري: بعتُك هذا الثوب بالثّمن الأوّل (يعني بكيلو من الحنطة) وزيادة درهم، أو بزيادة رُبع كيلو من الحنطة.

ولاتجوز المرابحة إن كان رأسُ المال من غير ذوات الأمثال، مثل أن يكون اشترى ثوباً بشاةٍ، فلا يجوزُ له أن يبيعه مرابحةً. وحينئذٍ يجب أن يكون البيعُ مساومةً، يعني بدون ذكر التّكلفة والرّبح.

(ب) الشّرطُ الثّاني لجواز المرابحة: أن يكونَ مقدارُ رأسِ المال معلوماً للمشتري الثّاني، فإن لم يعلم، فالبيعُ فاسدٌ إلى أن يعلمَ في المجلس، وله الخيارُ بعد العلم، إن شاء دخل في البيع، وإن شاء تركَ.

(ج) الشّرط الثّالث لجواز المرابحة: أن يكون الرّبحُ معلوماً.

www.besturdubooks.wordpress.com

ويمكن أن يكون مبلغاً مقطوعاً من النّقود أو عرضاً معلوماً، أو نسبةً من رأس المال.

(د) الشّرط الرّابع لجواز المرابحة أن لايكون رأسُ المال اشتُرِيَ به جنسُه من الأموال الرّبويّة، بأن اشترى حنطةً بحنطةٍ مساويةٍ في القدر، فلا يجوز له أن يبيعه مرابحةً، لأنّ الرّبح في هذا العقد يكون رباً، وكذلك لايجوز له أن يبيعه مواضعةً، لفقدان التّماثل. ولكن يجوز له أن يبيعه توليةً، لأنّ التّولية بيعٌ بالثّمن الأوّل بدون زيادةٍ أو نقصٍ، فلم يفُت التماثل الّذي هو شرطٌ في جواز بيع الرّبويّات بعضها ببعض.

(ه) الشّرط الخامس: أن يكون العقدُ الأوّل صحيحاً، فإن كان فاسداً، لم يجُزْ بيعُ المرابحة، لأنّ المرابحةَ بيعٌ بالثّمن الأوّل مع زيادة ربْح. والبيعُ الفاسد، وإن كان يُفيد الملكَ عند الحنفيّة في الجملة، لكن بقيمةِ المبيع أو بمثله، لابالثّمن لفساد التّسمية.

١٠٦- "الأصلُ في رأس المال أنّه ماوجب بالعقد أو التحق به، لاما دفعه المشتري الأوّل على سبيل الاستبدال. فلو وقع العقدُ الأوّل على عُملةٍ، مثل عشرة دراهم، ولكن أعطاهُ ديناراً، وقبله البائعُ الأوّل، فالمرابحةُ تجري على عشرة دراهم، لا على الدّينار، لأنّ ثمنَ البيع هو عشرةُ دراهم. ثمّ وقعَ بينهُما عقدٌ آخر استَبدلت فيها الدّراهمُ بالدّينار، والمرابحةُ إنّما تنبني على أصل العقد الأوّل، لاعلى الاستبدال الّذي وقع بعد ذلك.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٠٧- إن وقع العقدُ على عُملةِ بلدٍ آخر، مثل مائةِ دُولار، فإن كان تحديدُ الرِّبح على أساس مبلغٍ مقطوعٍ، مثلَ أن يقول: بعتُك بالثّمن الأوّل وبربح مائةِ ربيّةٍ باكستانيّة، فثمنُ المرابحة مائةُ دولارٍ ومائةُ رُبّية باكستانيّة. وأمّا إن كان تحديدُ الرِّبح بنسبةٍ مئويّة، مثلَ أن يقول: بربح عشرةٍ في المائة، فثمنُ المرابحة مائةٌ وعشرُ دُولارات. فإن أراد المستوردُ بالدُّولارات أن يبيعَ البضاعةَ المستوردَة في بلده، فلا يجوز له أن يبيعَها مرابحةً إلاّ بهذا الطّريق، ولايجوزُ أن يكون ثمنُ المرابحةِ كلُّه بعُملةٍ غيرِ الدّولار. ولكن إذا حُدّد ثمنُ المرابحة بالدّولار، مثل مائةٍ وعشرِ دولارات في المثال المذكور، ثمّ اتّفق الطّرفان عند أداء الثّمن باستبداله برُبّياتٍ باكستانيّة مثلاً، فإنّما يجوز ذلك بثلاثة شروط:

الشّرط الأوّل: أن لايكون الاستبدالُ شرطاً في عقد المرابحة.

والشّرط الثّاني: أن يكون ذلك الاستبدالُ بسعرِ يوم الأداء، لابسعر يومِ الوجوب.

والثّالث: أن يُصفّى كلُّ الثّمن، أو المقدارُ الّذي أريد استبدالُه، ولايبقى في الذّمّة شيءٌ ممّا أُريد استبدالُه. فإن كان الثّمنُ مائةً وعشرَ دولارات، وأُريد استبدالُ كُلِّ الثّمن بربيّات باكستانيّة، وسعرُالاستبدال في يومِ الأداء: خمسون ربيّةً بدولارٍ واحد، فيجوزُ الاستبدالُ بخمسة آلافٍ وخمسمائة، ولكن يجب أن تؤدّى جميع هذه الربّيات في ذلك المجلس، ولايؤجّل شيءٌ منه إلى ما بعد المجلس.

أمّا إذا أراد الطّرفان أن يقعَ الاستبدالُ في نصف الثّمن فقط، مثل أن

يتّفقا على أن يُعطيَ المشتري نصفَ الثمن، وهو خمسةٌ وخمسون دُولاراً بالدُّولارات نفسِها، ويستبدل الباقيَ بالربيات الباكستانية، فيعطي ألفين وسبعمائة وخمسين ربيّةً، فهذا جائزٌ أيضاً، بشرط أن يؤدّي ألفين وسبعمائة وخمسين ربيّةً في نفس المجلس، ولايؤخّرَ شيئاً منها إلى مابعده.

۱۰۸- وتلحقُ برأس المالِ النّفقاتُ الّتي تكبّدها البائعُ في شراء المبيع والحصول عليه، مثلُ نفقات الشّحْن والحمل والنّقل من موضع البيع إلى موضعه، ونفقاتُ تخزينه إن كانَ التّخزينُ بأجرة، وأجرةُ السّمسار، ونفقاتُ تطوير المبيع، مثل صبْغه أو خياطة الثّوب، أو تجصيص الدّار أو نفقات غرْس الأشجار ،ونفقاتُ حفظِه وصيانتِه إن كان لمبيعُ يحتاج إلى ذلك، بشرط أن تكون نفقاتٍ ماليّةً مباشرةً مدفوعةً إلى الغير. فلا يجوز في المرابحة إضافةُ مقابلٍ لما عمِله بنفسه، أوعن طريق أجيره الشّخصي الّذي لم يُستأجَر لهذا العمل خاصّة. وكذلك تلحَق برأس المال الضّرائبُ الّتي دفعها إلى الحكومة، أو الرّسومُ الّتي دفعها إلى الجمارك، أو على الشّوارع. وبعد إضافة هذه النّفقات، لايقول: إنّي اشتريتُه بكذا، بل يقول: قام عليّ بكذا، أو تَكَلّفني كذا.

۱۰۹- إن كان البائعُ مَلكَ المبيع بهبةٍ أو إرثٍ أو وصيّةٍ، وقوّمه قيمتَه، ثمّ باعه مرابحةً على تلك القيمة يجوز، وصورتُه أن يقول: قيمتُه كذا، فأُرابحكَ على القيمة.

۱۱۰- ويجب على البائع مرابحةً أن يبيّن للمشتري كلَّ ما يؤثّر على رغبة المشتري، فمثلاً إن كان البائعُ اشترى المبيع من البائع الأوّل نسيئةً، وجب عليه أن يُبيّن لمشتريه أنّه اشتراه نسيئةً.

www.besturdubooks.wordpress.com

١١١- إن كان البائعُ في المرابحة كاذباً أولم يُبيّن للمشتري ما وجب بيانُه، فهو خيانة. وإن ظهرت الخيانةُ بعد البيع، فإن ظهرت في صفة الثّمن، مثلَ أن يكونَ البائعُ اشترى شيئاً بنسيئة، ثمّ باعه مرابحةً أو توليةً دونَ بيان ذلك، فللمشتري الخيار، إن شاء أخذه بالثّمن المتّفق عليه، وإن شاء ردّه على البائع.

١١٢- وإن ظهرت الخيانةُ في مقدار الثّمن، بأن قال في المرابحة أو التّولية: اشتريتُه بعشرة، ثمّ تبيّن أنّه اشتراه بتسعة، فإنّه يحطّ قدرَ الخيانة في المرابحة والتّولية جميعاً، وذلك درهمٌ في التّولية، ودرهمٌ في المرابحة مع حصّته من الرّبح.

١١٣- المرابحة تجوزُ حالّةً ومؤجّلة. و يجوز أن يكون الرّبحُ مرتبطاً بزمن سداد الثّمن، ولكن يجب أن يتعيّن الثّمن والأجل في عقد المرابحة بدون تردّد، كما هو حكم البيع المؤجل. فالرّبحُ المقابلُ للأجل، وإن كان ملحوظاً عند تعيين الثّمن، فإنّ الثّمن بعد تعيينه كلّه مقابلٌ للمبيع، لا للأجل، ولذلك لايجوز الزّيادةُ في الثّمن مقابلَ تمديد الأجل، وكذا النّقصُ فيه بنقص الأجل.

التقسيم الثالث: من حيث نوعيّة البدلين

١١٤- البيع ينقسم من حيث نوعيّة البدلين إلى ثلاثة أقسام:

(ألف) "البيع المطلق" بيعُ العين بالأثمان الرّائجة، مثل الدّراهم والدّنانير أو الفلوس، سواءٌ أكانت حالّةً أم مؤجّلة. وكلّما أطلق لفظُ البيع، فالمراد به في عامّة الأحوال هذا النّوع. و كلُّ ما ذكرنا من أحكام البيع، فهو منصبٌّ على هذا القسم.

(ب) بيعُ العروض بالعروض، ويُسمّى في الاصطلاح "مُقايضة"

www.besturdubooks.wordpress.com

(ج) بيعُ النقود بالنقود. ويسمى في الاصطلاح "صَرْفاً"

١١٥- المقايضةُ: بيعُ العين بالعين أي مبادلةُ مالٍ بمالٍ غيرِ النقدين. وهذا مثلُ أن يُباعَ ثوبٌ بثوبٍ، أو أرضٌ بأرضٍ، أو حيوانٌ بحيوان.

١١٦- كلُّ واحدٍ من البدلين في المقايضة يصلُح أن يُعتبر مبيعاً أو ثمناً. وبما أن كلَّ واحدٍ منهما يصلُح كونُه مبيعاً، فإنّه يجبُ أن يكون كلُّ واحدٍ منهما متعيّناً عند عقد البيع. فإن كان أحدهما ديناً، مثلَ أن يبيع شخصٌ فرساً معيّناً بطَنٍّ من الحنطة ديناً، لا يُعدّ مقايضةً، بل يكون سَلَماً يُشترط فيه شروطُ السَّلَم.[1]

١١٧- الأصلُ في بيع العروض بالنقود أنّه إن هلك المبيعُ بعد قبض المشتري، فلا يمكنُ الإقالة. أمّا في المقايضة، إن هلك أحدُ البدلين، فإنّه لا يمنعُ الإقالةَ في الباقي منهما، فيجوزُ الإقالةُ فيه بأن يدفع المشتري قيمةَ الهالك إن كان قيميّاً، أو مثلَه إذا كان مثليّاً، ويُسلّمه إلى صاحبه، ويستردُّ العينَ الّذي لم يهلك.

١١٨- إن كانت المقايضةُ في غير الأموال الربوية، فلا يُشترطُ التساوي في البدلين في القدر أو القيمة، ولا أن يكون البيعُ حالاً، بل بمُراعاة الفروق المذكورة، تنطبق عليها جميعُ أحكامِ البيع. أمّا إن كانت المقايضةُ في الأموال الربويّة، فإنّها تجري فيها أحكام ربا البيع.

الربوا في البيع

١١٩- إن كان البدلان في المقايضة من الأموال الربويّة بأن كانا متّحدين في القدر والجنس، (بمعنى أنّ كلّ واحد منهما مكيل، أو كلّ واحد منهما موزون وبيع

---

(١) البحر الرائق، كتاب البيوع، قبيل باب خيار الشرط ٥: ٥١٧

www.besturdubooks.wordpress.com

بجنسه)، وجب أن يكون البدلان مماثلين في القدر، أي الكيل أو الوزن، وأن يكون العقد حالاً. فإن وقع العقد بتفاضل، بأن بيع كيلو من اللحم بكيلو ونصف من لحم آخر من جنسه، أو بيع لتر من البنزين بلتر ونصف من البنزين الآخر، فإنّه ممنوعٌ لكونه ربا الفضل. وكذلك إن بيع كيلو من اللحم بكيلو من لحم آخر من جنسه، وأحدهما حالٌ والآخر مؤجّل، أو بيع لتر من البنزين بلتر من البنزين الآخر، وأحدهما حالٌ والآخر مؤجّل، فإنّه ممنوعٌ لكونه ربا النّسيئة.

١٢٠- فإن بيعت المكيلات أو الموزونات المتّحدة في القدر بغير جنسها، مثل الحنطة بالشّعير، فإنّ التّفاضل في القدر جائز، ولكن لاتجوز النّسيئة، بل يجب أن يكون العقد حالاً.

١٢١- إن بيعت العدديّاتُ أوالمذروعات بجنسها، فالتّفاضل جائز، مثل أن يُباع كتاب بكتابين، أو ثوبٌ بثوبين، ولكن لايجوز النّسيئة.

١٢٢- المراد من اتّحاد الجنس في الأحكام المذكورة أن يتّفق شيئان في ماهيتهما، وتسميتهما، وأصلهما، ومقاصدهما، دون أن يكون في أحدهما زيادةُ صنعة. فإن اختلفت ماهيتهما، مثل الحنطة والشّعير، أوأصلُهما، مثل خلّ العنب وخلّ التّمر، أو اختلفت مقاصدهما، مثل شعر المعز وصوف الضّأن، أو كان في أحدهما زيادةُ صنعة، مثل الخبز والدّقيق، أو كان فيهما اختلافُ صنعة، مثل الثّوب اليابانيّ والثّوب الانكليزيّ، فإنّه يُعتبر جنسهما مختلفاً.

١٢٣- والاعتبارُ في الكيل والوزن لعُرف كلّ زمان ومكان. فالحنطة مثلاً كانت مكيلةً في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، وصار وزنيّاً في عرف اليوم، فيُعتبر وزنيّاً.

١٢٤- إن كان الشّيئان موزونين، ولكن تختلف آلةُ وزنهما، مثل الحديد، فإنّه يوزن بغير الآلة الّتي يوزن بها الذّهب، فإنّهما لايُعتبران متّحدين في القدر.

١٢٥- لاتجوز المجازفة في الأموال الربويّة (يعني في بيع شيئين متّحدين في القدر

www.besturdubooks.wordpress.com

والجنس) لاحتمال التّفاضل بينهما.

١٢٦- إن كان المبيعُ مخلوطاً بربويّ وغير ربويّ، والثّمن ربويٌّ غير مخلوط بشيءٍ آخر، مثل أن يكون المبيعُ حُليّاً من الذّهب فيه تطريزٌ من غير الذّهب، (مثل القلادة الذّهبيّة فيها خرز)، وبيعت بالذّهب المفرد، فيُشترط لجواز بيعه أن يكون الذّهبُ المفردُ أكثرَ في الوزن من الذّهب المركّب، فيكون مازاد من الذّهب المفرد مقابلاً لغير الذّهب، فلا يتحقّق التّفاضل في مبادلة الذّهب بالذّهب. ولايجوز البيعُ إن كان الذّهب المفرد مساوياً للذّهب المركب، أو أقلّ منه.

الصّرف

١٢٧- "الصّرف" اسمٌ لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض، وهو بيع الذّهب بالذّهب، والفضّة بالفضّة، وأحد الجنسين بالآخر" وحكمُه أنّه يجب فيه التّماثل بين البدلين إن كانا من جنس واحد، ولاتجوز فيه النّسيئة، سواءٌ أكانا من جنس واحد، أم من جنسين، كما لايجوز فيه المجازفة، ويجب فيه التّقابضُ في مجلس العقد. والمصوغُ وغيرُ المصوغ حكمُهما واحد، فيجب التّساوي في الوزن إن بيع أحدهما بالآخر، كما يجب التّقابض في المجلس.

١٢٨- إن كان الذّهب أو الفضّة فيهما غِشٌ، والغشّ مغلوب، فإنّهما في حكم الخالص، فلا يصحّ بيعُ الخالص بها، ولابيعُ بعضها ببعض متجانس إلاّ متساوياً وزناً، وإن تفاوت قدرُ غشّهما. ويجب التّقابض في المجلس، لكونه صرفاً.

١٢٩- يجب أن يكون التّقابض في الصّرف بالقبض الحسيّ، ولاتنوب عنه التّخلية، كما تنوب عنه في غير الصّرف.

١٣٠- لايجوز خيارُ الشّرط في الصّرف.

١٣١- النّقود الورقيّة لايجوز مبادلتُها بالتّفاضل أو النّسيئة في جنس واحد، فلا يجوز بيعُ

www.besturdubooks.wordpress.com

ربية واحدة بربيتين، أو بيع ربية بربية مؤجلة. فإنّه رباً. أمّا إذا اختلف جنسهما، مثل أن تُباع الرّبيّات الباكستانيّة بالرّيالات السعوديّة، فيجوز فيها التّفاضل، ويجوز فيه النّسيئة بشرط أن يقبض أحدُ العاقدين ما اشتراه، وإن كان الآخر مؤجّلاً، وبشرط أن يكون التّبادلُ بسعر يوم العقد.(١)

١٣٢- دار الإسلام ودار الحرب سواءٌ في حرمة الربوا.

تقسيم البيع من حيث ترتب آثاره

أحكام البيع الصحيح بدون خيار

١٣٣- البيع الصّحيح ما وقع جائزاً مستجمعاً لشروط الانعقاد دون أن يلزم بذلك محظور. وحكمُه أنّه ينقل الملك إلى المشتري بمجرّد تبادل الإيجاب والقبول، إن لم يكن سلَماً. ويجب على البائع تسليمُ المبيع، وعلى المشتري أداءُ الثّمن إن كان البيع حالاً، ويحقّ للبائع فيه أن يحبس المبيع لاستيفاء الثّمن.

١٣٤- ينتقل ضمان المبيع من البائع إلى المشتري بقبض المشتري المبيعَ، أو بالتّخلية من البائع وتمكين المشتري من قبضه متى شاء. فإن هلك المبيعُ بآفةٍ سماويّة، أو بفعلٍ من البائع، قبل قبض المشتري وقبل أن يُخلّيَ البائعُ بينه وبين المبيع، انفسخ البيع. ووجب على البائع ردُّ الثّمن إن كان قبضه. أمّا

---

(١) هذا على رأي جماعة من علماء الهند وباكستان، وهو مبنيٌ على قول الإمام محمد رحمه الله تعالى في الفلوس، وهو الّذي رجّحه المؤلف تحت عنوان الموقف الثّالث. أمّا رأيُ جمهور علماء البلاد العربيّة، فمبادلةُ النّقود الورقيّة سواءٌ أكان في عملة واحدة أم في عملات مختلفة الجنس يجب فيه التّقابض في المجلس، ولا تجوز النّسيئة، ولكنّ القبض يتحقّق بقبض الشّيك، ويغتفر فيه ما لابدّ منه من وقت للتّقييد المصرفي.

www.besturdubooks.wordpress.com

إذا هلك المبيعُ بفعل من المشتري، لاينفسخ البيع، وعليه الثمن. وإن هلك المبيعُ بفعل أجنبي، فعليه الضمان بالمثل إن كان مثلياً، أو بالقيمة إن كان قيمياً، والمشترى بالخيار، إن شاء فسخ العقد، وحينئذ يتّبع البائعُ الجاني بالضّمان، وإن شاء اختار المشتري البيع، وتّبع الجاني بالضمان.

١٣٥- إن هلك بعضُ المبيع قبل قبض المشتري، فإن كان النقصانُ في مقداره، بأن انتقص في الكيل أو الوزن أو العدد، انفسخ العقد بقدر الهالك، وسقط ما يُقابلُه من الثمن، والمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع. وإن كان النقصانُ في الوصف، لا يسقط شيئٌ من الثمن، ولكنّ المشتري بالخيار، إن شاء أخذه بكلّ الثمن، وإن شاء فسخ البيع.

١٣٦- كلّ ماهو متناول اسم المبيع بأن يُعتبر من أجزاءه عُرفاً، يدخل في البيع وإن لم يُذكر صراحةً، مثل أن يبيع بيتاً أو شُقّةً، فإنّه يدخل فيه جميعُ غُرفه ومطبخُه وبيوتُه ودورةُ مياهه ومواسيره وخطوط الكهرباء، ولكن لا يدخل فيه المراوح والمكيّفات والهواتف وأثاث البيت إلا بالتّصريح أو العرف.

١٣٧- كلّ ما كان متّصلاً بالمبيع اتّصال قرار، كان تابعاً للمبيع، وداخلاً في البيع بدون تصريح بذلك، أو عُرف معروف بين النّاس. وما وُضع لأن يفصله البشر من المبيع في الأخير ليس باتّصال قرار، وما لم يوضع للفصال، فهو اتصالُ قرار. فلو باع أرضاً فيها أشجار، فإنّ الأشجار داخلةٌ في البيع، لأنّها متصلةٌ بالأرض اتّصال قرار، بخلاف الزّرع، فإنّه لايدخل في بيع الأرض إلا بالتّصريح، لأنّ الزّرع وُضع لرفعه من الأرض.

١٣٨- كلّ ما كان من مرافق المبيع ومنافعه فهو داخلٌ في البيع، مثل حق المرور

www.besturdubooks.wordpress.com

وحقّ الشّرب.

١٣٩- ما حدث في المبيع من زيادات متّصلة أو منفصلة متولّدة منها أو غير متولّدة بعد العقد وقبل قبض المشتري، مثل أن يُباع شجرٌ لم تظهر ثمرتُه وتظهر بعد البيع وقبل قبض المشتري، أو يُباع حيوانٌ غيرُ حامل، فيظهر حملُه فإنّها ملكٌ للمشتري، لكونها جزءً من المبيع تبعاً، فيحقّ للبائع حبسُ الزّوائد لاستيفاء الثّمن، كما أنّ له حقّ حبس الأصل. ولو أتلف البائعُ الزّيادةَ سقطت حصّتُها من الثّمن، ولو هلكت الزّيادةُ بآفة سماوية، لايسقط شيئٌ من الثّمن، ولا خيارَ للمشتري في فسخ البيع.

١٤٠- يجوز للمتبايعين أن يتّفقا على الزّيادة أو الحطّ في الثّمن بعد إنجاز العقد، كما يجوز أن يتّفقا على الزّيادة في المبيع. وإنّ الزّيادةَ والحطّ يلتحقان بأصل العقد، كأنّ البيع وقع على القدر الحاصل بعد الزّيادة أو الحطّ.

البيع الصحيح مع الخيار

١٤١- قد يكون البيعُ صحيحاً مع خيارٍ لأحد المتبايعين في فسخه. والخيارات على أقسام: خيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار المغبون. وهذه الخيارات تثبت بحكم الشّرع. وخيارُ الشّرط، وخيارُ فوات الوصف، وخيارُ النّقد، وخيارُ التّعيين. وهذه الخياراتُ تثبت بالشّرط في العقد.

خيار الرّؤية

١٤٢- أمّا خيارُ الرّؤية، فإنّما يثبت إذا وقع العقدُ على شيئٍ غائب. وهو حقٌّ يتخيّر به المتملّك بين فسخ العقد أو إمضاءه عند رؤية المعقود عليه. ولاخيارَ للمشتري

www.besturdubooks.wordpress.com

في الفسخ قبل الرّؤية. أمّا بعد الرّؤية، فللمشتري الخيارُ مطلقاً في البيوع المحلّيّة.[1] أمّا إذا كان البيعُ بين بلدين عن طريق الشّحن البرّيّ أو البحريّ أو الجويّ، فخيارُ المشتري مشروطٌ بأن يجدَ المبيعَ مخالفاً لتلك المواصفات، ولاخيارَ له إن وجدها مطابقةً لها.[2]

١٤٣- والرّؤية التي يسقط بها الخيارُ رؤيةُ ما يدلّ على العلم بمقصود الشّراء.

خيار العيب

١٤٤- خيار العيب خيارٌ يثبت للمشتري لردّ المبيع بسبب عيبٍ كان في المبيع وقت الشّراء ولم يطّلع عليه المشتري.

١٤٥- العيب المعتبر في إثبات الخيار ما يُعتبر عيباً في عرف التّجّار، ويُشترط لثبوت الخيار ما يأتي:

(ألف) أن يكون العيبُ في المبيع منذ كان المبيعُ في ضمان البائع، فإن حدث عيبٌ بعد انتقال ضمانه إليه، ولو بالتّخلية، فلا خيارَ له.

(ب) أن يبقى العيبُ إلى وقت الردّ. فإن زال العيب قبل الردّ، مثل أن تكون الدّابة مريضة، فتبرأ قبل الردّ، فلا خيار.

(ج) أن لايكون المشتري عالماً بالعيب قبل دخوله في ضمانه.

(د) أن لايصدر من المشتري ما يدلّ على رضاه بالعيب صراحةً أو دلالةً، مثل أن يتصرّف فيه تصرّفاً يدلّ على رضاه به.

---

(١) أخذا بمذهب الحنفية

(٢) أخذا بمذهب الحنابلة وبعض المالكية والشافعية.

www.besturdubooks.wordpress.com

(د) أن لا يتأخّر المشتري في مطالبة الفسخ بدون عذر إلى مدة يسقط بها الخيار في عرف التّجار.

(و) أن لا يكون البائع اشترط لنفسه البراءة من العيب. فإن اشترط البراءة برضى المشتري، سقط خيار العيب، ويدخل فيه البراءة من العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض.

١٤٦- مقتضى خيار العيب أنّ المشتري له أن يردّ المبيع إلى البائع، ويطالبه بردّ الثّمن. إلاّ أن يصطلح المتبايعان على أن يمسك المشتري المبيع، ويحطّ البائع من الثّمن بقدر ما نقص العيب من قيمة المبيع، أو بما يتراضيان عليه، بشرط أن يكون تابعاً لشروط الصّلح الشّرعيّة.

١٤٧- إن أزال البائع العيب قبل أن يخاصمه المشتري، سقط حقّ الرّدّ.

١٤٨- إن عرض البائع على المشتري أن يأتيه بعين أخرى سالمة من العيب، فللمشتري أن يقبل هذا العرض أو يرفضه.

١٤٩- إنّ حقّ المشتري في الرّدّ بخيار العيب يسقط عند وجود مانع من موانع الرّدّ، وهي ما يأتي:

(ألف) هلاك المبيع بيد البائع قبل التّسليم وفي هذه الحالة ينفسخ العقد ويجب على البائع أن يردّ الثّمن.

(ب) هلاك المبيع بعد قبض المشتري بسبب سماوي. وفي هذه الحالة يحق للمشتري أن يطالب البائع بالأرش، يعني بفرق القيمة بين المعيب وغير المعيب.

www.besturdubooks.wordpress.com

(ج) هلاك المبيع باستعمال المشتري المبيع استعمالاً عادياً، مثل ما إذا كان طعاماً فأكله. وفي هذه الحالة له أن يرجع على البائع بالأرش.

(د) هلاك المبيع بيد المشتري بغير استعماله العادي، مثل ما إذا كان إناءً فكسره. وفي هذه الحالة، له المطالبة بالأرش.[١]

(ه) حدوث عيب جديد عند المشتري. وفي هذه الحالة ليس من حقه أن يردّ المبيع، ويحقّ له مطالبة أرش العيب القديم، إلاّ أن يرضى البائع برد المبيع مع عيب جديد.

(و) أن لايكون المشتري نقل ملك المبيع إلى آخر بالبيع أو الهبة أو الصلح. وفي هذه الحالة، ليس له الرّد ولا مطالبة الأرش.

١٥٠- إن حدثت في المبيع زيادةٌ متّصلة متولّدة منه قبل قبض المشتري، مثل سِمن الحيوان، ثمّ اطّلع على عيب قديم. فإنّ له أن يردّ المبيع بخيار العيب، وليس له أن يُطالب عوضاً مقابلَ هذه الزّيادة. أمّا إذا حدثت الزّيادةُ بعد قبض المشتري، فإنّ له الخيار، إمّا أن يردّه مع الزّيادة بدون مقابل، وإمّا أن يُمسكه ويُطالب البائع بأرش العيب.

١٥١- إن حدثت في المبيع زيادةٌ منفصلةٌ غير متولّدة، مثل أن يكون اشترى سيّارةً وآجرها وكسب أجرة، واطّلع على العيب بعد ذلك، فإنّ هذا الكسبَ لايمنع الرّدّ، بل له أن يردّ المبيع ويستردّ الثّمن. وما كسبه قبل الرّدّ، فهو طيّب له.

١٥٢- إن كانت الزّيادةُ الحادثة عند المشتري متّصلةً بالمبيع، غيرَ متولّدة منه، مثل أن يكون اشترى ثوباً فخاطه أو صبغه، أو أرضاً فبنى فيها، أو غرس، ثمّ اطّلع على

---

(١) أخذا بمذهب الحنابلة

www.besturdubooks.wordpress.com

عيب في المبيع، سقط حقّ الرّدّ، وجاز له أن يُطالب البائعَ بالأرش. وإن أمكن إزالةُ الزّيادة بدون تعييب المبيع، فللمشترى أن يردّ المبيع ويُمسكَ الزّيادة. ولايجوز للمشتري أن يردّ إليه المبيع بالزّيادة ويتطوّع بها له، لكونها زيادةً بغير عوض مستحقًا في العقد، وهيَ ملحقةٌ بالرّبا، إلاّ أن يتراضيا على الرّدّ بأن يدفع البائعُ قيمة الزّيادة للمشتري.

١٥٣- إن كانت الزّيادةُ منفصلةً عن المبيع مولّدةً منه، مثل أن تكون شاةً فدرّت لبناً، أو ولدت ولداً، فإن حدثت قبل قبض المشتري، فإنّها لاتمنع الرّدّ، فيحق للمشتري أن يفسخ البيع ويسترد جميع الثّمن، والزّيادةُ للبائع، لأنّها حدثت في ضمانه. أمّا إذا حدثت الزّيادةُ بعد قبض المشتري، فإنّها مانعةٌ للرّدّ، ويرجع المشتري على البائع بالأرش.

١٥٤- إن كان البائع مدلّساً للعيب، واختار المشتري الرّدّ، فمؤونة الرّدّ وتكلفتُه على البائع إذا كان المبيع في البلد الّذي وقع فيه العقد، أو علم البائع أنّ المشتريَ ينقله إلى بلد آخر. أمّا إذا أخرجه المشتري إلى بلد آخرَ غيرِ البلد الّذي وقع فيه العقد بدون علم من البائع، أو لم يكن البائع مدلّساً، فللمشتري الخيارُ: إن شاء ردّه على نفقة نفسه، وإن شاء طالب البائعَ بالأرش.

١٥٥- إن وجد بعض المبيع معيباً، فإن كان المبيعُ شيئاً واحداً، أو بمنزلة شيئ واحد، مثل النّعلين، أو صُبرة واحدة، أو عُلبة واحدة، أو كرتون واحد، فللمشتري أن يردّ الكلّ أو يُمسكَ الكلّ، وليس له أن يردّ الحصّة المبيعة فقط. أمّا إذا كانا شيئين حقيقةً وحكماً، مثل الثوبين، أو الهاتفين، فله أن يردّ المعيب ويُمسك الآخر بحصّته من الثّمن.

١٥٦- إن مات المشتري قبل الردّ بخيار العيب، فإنّ الخيار ينتقل إلى ورثته، سواءٌ

www.besturdubooks.wordpress.com

كان المشتري مطّلعاً على العيب في حياته، أو لم يكن مطّلعاً عليه، واطّلع ورثته على العيب بعد موته.

۱۵۷- إن اختلف المتبايعان، فادّعى المشتري العيب من عند البائع، وأنكره البائع، فالبيّنة على المشتري، واليمين على البائع.

خيار فوات الوصف

۱۵۸- إن اشترط المشتري وصفاً في المبيع، ثمّ تبيّن أنّه مفقود، مثل أن يكون اشترط في الشّاة أنّها حلوب، فتبيّن أنّه غير حلوب، فله خيار فسخ البيع، وإن لم يكن فوات ذلك الوصف عيباً في عرف التّجار ويسمّى هذا الخيار "خيار فوات الوصف" أو "خيار الخلف".

۱۵۹- الفرق بين خيار العيب وخيار فوات الوصف أنّ الأوّل يختصّ بعيب يُعتبر نقصاً في المبيع في عرف التّجار، والثّاني يحصل للمشتري، وإن لم يكن في المبيع عيبٌ في عرف التّجار، ولكن يُفقد فيه وصفٌ مرغوبٌ فيه. وإنّ خيار العيب يثبت بحكم الشّرع، وخيار فوات الوصف يحصل بحكم الشّرط في العقد.

۱٦۰- اشتراط الوصف يمكن أن يكون صراحةً في عقد البيع، ويمكن أن يكون مشروطاً بحكم العرف أو دلالة الحال. مثل شراء الحيوان في زمن الأضاحي من السّوق المختصّة ببيع الحيوانات للأضحيّة. فكون الحيوان صالحاً للأضحيّة مشروطٌ بحكم دلالة الحال.

۱٦۱- ثبوت خيار فوات الوصف مشروطٌ بشروط آتية:

(ألف) أن يكون الوصف المرغوب فيه مشروطاً في العقد.

www.besturdubooks.wordpress.com

(ب) أن يكون الغرض من ذلك الوصف جائزاً شرعاً.

(ج) أن لايكون في الوصف المشروط غرر. فإن كان في الوصف غرر، مثل أن تُشترى شُقَّةٌ خاليةٌ بشرط أنها تُكرى بكراءٍ معيّن، أو تُباع محلاّتٌ تجاريةٌ بشرط أنها تُدِرّ إيراداً معيّناً، فإنّ هذا الشّرط فاسد يُفسد البيع.

١٦٢- مقتضى خيار فوات الوصف أنّه يحقّ للمشتري عند فقدان الوصف المشروط أن يَرُدّ المبيع ويستردّ الثّمن. أمّا إذا تعذّر الرّدّ لمانع من موانع الرّدّ في خيار العيب، فله مطالبة فرق القيمة بين المبيع الموصوف بذلك الوصف وبين غير الموصوف.

١٦٣- إن كان ردُّ المبيع ممكناً، فلا خيارَ للمشتري إلاّ في ردّ المبيع وفسخ البيع، ولايحقّ له أن يُطالب بحطّ القيمة في هذه الحالة، إلاّ بالتّراضي.

١٦٤- إن وجد المشتري المبيعَ ناقصاً من المقدار المشروط في البيع، فإن أمكن تقسيمُ الثّمن على أجزاء المبيع، فله الخيار، إمّا أن يفسخ البيع، وإمّا أن يأخذه بحصّته من الثّمن.

خيار المغبون

١٦٥- المغبون من اشترى شيئاً بثمن زائد فوق العادة، أو من باع شيئاً بثمن أقلّ من قيمته السّوقيّة خلاف العادة. فإن كان سببُ الغبن تغريراً من الطّرف الآخر، أو تدليسًا منه، فللمغبون الخيارُ في فسخ البيع. والتّغرير كذبٌ في بيان قيمة المبيع أو وصفه، والتّدليس فعلٌ يغترّ به الطّرف الآخر في معرفة المبيع أو تقدير الثّمن.

خيار الشّرط

١٦٦- خيار الشّرط حقٌّ يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما في العقد لإمضاء البيع

www.besturdubooks.wordpress.com

أو فسخه. وقد يُسمّى "خيار التّروّي".

١٦٧- يجب أن يكون خيار الشّرط مقيّداً بمدّة معلومة. ويُمكن أن تختلف المدّة من مبيع إلى مبيع آخر. ولكن ينبغي أن لا تكون المدّةُ تتضمّن ترك العقد متردّداً إلى أمدٍ بعيد لا يُحتاج إليه للتّروّي في مثل تلك المبيعات.

١٦٨- إذا شُرط الخيارُ للمشتري فقط، خرج المبيعُ من ملك البائع وصار ملكاً للمشتري. فإذا هلك المبيعُ في يد المشتري بعد قبضه لزمه أداء ثمنه المسمّى للبائع.

١٦٩- إذا شُرط الخيارُ للبائع فقط، لايخرج المبيع عن ملكه، بل يبقى ملكُه فيه، فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه، لايلزمه الثّمن المسمّى، بل يلزمه أداء قيمته للبائع يوم قبضه.

١٧٠- إذا كان الخيارُ لهما معاً، لايخرج المبيع عن ملك البائع، ولا الثّمن عن ملك المشتري، فإن تصرّف البائع في المبيع جاز وكان فسخاً، وكذا تصرف المشتري في الثّمن إن كان عيناً. أمّا تصرّف المشتري في المبيع أو تصرّف البائع في الثّمن أثناء الخيار، فباطل.

١٧١- يسقُط خيارُ الشّرط بأمور آتية:

(ألف) الإجازةُ ممّن له الخيار، بأن يقول: أجزتُ البيع، أو أسقطتُ الخيار.

(ب) أن يتصرّف مَن له الخيار تصرّفاً يدلّ على إجازة البيع. فإن كان الخيارُ للمشتري، فتصرّفُه في المبيع بأن يبيعه إلى آخر، أو يهبه أو

www.besturdubooks.wordpress.com

يؤجرَه أو يرهنَه، فإنّه يُعتبر إجازةً منه للبيع ويسقُط به خيارُه. وإن كان الخيارُ للبائع، فتصرّفه في الثّمن يُسقِط خيارَه. مثل أن يكون الثّمنُ عيناً، فيتصرّفُ فيه تصرّفَ الملاّك، بأن يبيعَه أو يُساومَه أو يُؤجره أو يرهنه، ونحو ذلك. أمّا إذا كان الثّمنُ ديناً، أي نقداً من النّقود، فالتّصرّف فيه مثلُ أن يُبرئَ البائعُ المشتريَ من الثّمن، أو يشتريَ به شيئاً منه، أو يهبَه من المشترى، فهو إجازةٌ منه للبيع.

(ج) مُضيّ مدّة الخيار، لأنّ الخيارَ مُوقّت به، والموقّت إلى غايةٍ ينتهي عند وجود الغاية.

(د) ظهور مانع من موانع الرّدّ المذكورة في خيار العيب.

(ه) إذا تعيّب المبيع بيد المشترى، فإنّه مانعٌ للرّدّ، فيسقط به الخيار، ويتمّ البيع، إلاّ إذا انتقص بفعل من البائع، فإنّ المشتريَ على خياره، إن شاء ردّه عليه، وإن شاء أمسكه وأخذ الأرش من البائع.

خيار التّعيين

١٧٢- خيارُ التّعيين حقُّ العاقد في تعيين أحدِ الأشياء الّتي وقع العقدُ عليها على سبيل التّرديد. وذلك أن يختارَ المشترى شيئين، ويعقدَ الشّراءَ على أحدهما، ويشترطَ خيارَ التّعيين لنفسه إلى مدّةٍ معلومة، فيقول مثلاً: "اشتريتُ منك أحد هذين الثّوبين، وأعيّنه في خلال ثلاثة أيّام، ويقبله البائع، أو يقول البائعُ "بعتُ منك أحد هذين الثّوبين، وأعيّنه في خلال ثلاثة أيّام"، ويقبله المشترى.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٧٣- يشترطُ لجواز العقد بخيار التّعيين شروطٌ آتية:

(ألف) أن يُشترط الخيارُ في صُلب العقد. فإن باع إحدى الشّاتين، وافترقا بدون ذكر الخيار بطَل البيع

(ب) أن يكون محلُّ الخيار من القيميّات، أو في المثليّات مثل ما إذا باع كيلو واحداً من ثلاثة كيلو أحدها حنطة، والثّاني شعير، والثّالث عدس، وبيّن ثمنَ كلٍّ على حدة. ولامانع من اشتراط خيار التّعيين في متّحد الجنس أيضاً، إن كان هناك تفاوتٌ في الأنواع والأوصاف، سواءٌ أكان من القيميّات أم من المثليّات.

(ج) الشّرطُ الثّالث: أن يُحدَّد للخيار مدّةٌ معلومة، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيّام، بشرط أن لاتكون مدّةً طويلةً خلافَ العُرف.

١٧٤- البيعُ لاينفسخُ بعد انتهاء مدّة خيار التّعيين، بل يُجبر مَن له الخيارُ على التّعيين.

١٧٥- إن كان خيارُ التّعيين للمشتري، فهلك أحدُهما أو تعيّب، لزم البيعُ فيه بثمنه، فإن ادّعى أنّه اختار ماهو سالمٌ من الهلاك أو العيب، لم يُقبل قولُه، فكان التعيُّب اختياراً دلالةً. وتعيّنَ الآخرُ للأمانة، حتىّ إذا هلك الآخرُ بعد هلاك الأوّل، أو تعيّب (بدون تعدٍّ منه) لايلزم عليه من قيمته شيئ.

ولو هلكا جميعًا معًا في يد المشتري، سواء أكان الخيار له أم للبائع، يلزم المشتريَ نصفُ ثمن كلّ واحدٍ منهما، لشيوع البيع والأمانة فيهما، وكذا إذا هلكا على التّعاقب ولم يُدرَ السّابقُ منهما.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٧٦- خيارُ التّعيين يجرى فيه الإرث. ومعنى جريان الإرث هنا أنّ وارثه يُمارس خيارَ التّعيين، ويؤدّى الثّمنَ من التّركة، لأنّه دَينٌ على المورث.
والله سبحانه وتعالى أعلم.

خيار النّقد

١٧٧- خيارُ النّقد أن يُعقد البيعُ بشرط أن ينقُد المشترى الثّمن إلى وقت معلوم، فإن لم يفعل، فلا بيع بينهما. وهذا الشّرط جائز. ولولم ينقُد المشترى الثّمن إلى الوقت المحدّد، كان البيعُ فاسداً.

١٧٨- لو باع المشترى المبيع، ولم ينقد الثّمن فى المدّة المحدّدة، جاز البيع ووجب عليه الثّمن.

١٧٩- لو حدث بالمبيع عيبٌ لا بفعل أحد، ثمّ مضت الأيّام ولم ينقد المشترى الثّمن، خُيّر البائع: إن شاء أخذه مع النّقصان، ولا شيئَ له من الثّمن، وإن شاء تركه وأخذ الثّمن.

١٨٠- إذا مات المشترى المخيّر بخيار النّقد فى أثناء مدّة الخيار، بطل البيع، ولا يورث الخيار.

البيع الباطل

١٨١- البيع الباطلُ ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً. والفاسدُ هو ما لا يصحّ وصفاً. والّذى يظهر من كلام الفقهاء الحنفيّة أنّ البطلانَ بهذا المعنى إنما يحصُل بخللٍ فى ركن البيع أو فى محلّه. والمرادُ من ركن البيعِ الإيجابُ والقبول، ومن محلّ البيع المبيعُ والثّمن.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٨٢ البيعُ الباطل ينقسم إلى قسمين:

الأوّل: ما بطل بسبب قصورٍ في الإيجاب أو القبول، وله صوَر آتية:

(ألف) أن يكون أحدُ العاقدين مجنوناً، أو صبياً غير مميّز. وراجع أحكام المتعاقدين.

(ب) أن يكون البيعُ معلّقاً على شرط، أو مُضافاً إلى المستقبل، فإنّ البيع لايقبل التّعليق ولا الإضافة، فصار الإيجابُ كالمعدوم، ومن هذه الجهة دخل البيع في البيوع الباطلة.

(ج) أن يكون الشّخصُ الواحد عاقداً من الجانبين، فإنّ الواحدَ لايتولّى طرفي العقد. وراجع مسائله في أحكام المتعاقدين تحت عنوان "تعدّد العاقدين".

(د) أن لايكون القبولُ موافقاً للإيجاب، أو كان القبولُ بعد سقوط خيار القبول، وراجع مباحث الإيجاب والقبول.

والثّاني: ما بطل بسبب انعدام ماليّة المبيع أو الثّمن شرعاً. ويدخل فيه صور آتية:

(ألف) بيعُ الخمر، أو الخنزير، أو الميتة، أو الدّم المسفوح، أو الحرّ، وكلّ ما لايُعتبر مالاً في الشّرع. وراجع أحكامه في الشّرط الثّاني من شروط المبيع.

(ب) بيعُ المعدوم، وبيعُ ماليس بمالٍ متقوّم شرعاً، وبيع غير المملوك. وراجع شروط المبيع.

www.besturdubooks.wordpress.com

(ح) بيعُ اللّبن في الضّرع، و بيعُ الصّوف على ظهر الغنم.

١٨٣- إن كان المبيعُ غيرَ المسمّى في العقد، مثلَ أن يقول البائع: بعتُك هذا الياقوت بكذا، فإذا هو زُجاج، أوقال: بعتُك هذا الثّوب على أنّه حرير، فإذا هو كتّان. وإنّ الثّوبَ إن كان نوعُه مخالفاً للمسمّى، مثل أن يقع العقد على حرير، فيتبيّن أنّه كتّان، فالبيع باطلٌ، وإن كان من نفسِ النّوع وغير الصّناعة المسمّاة، مثل أن يبيع الثّوبَ اليابانيّ، فيظهرُ أنّه كُوريٌّ من نفس النّوع، فالبيعُ صحيح وللمشتري الخيار، لأنّ الصّناعةَ المخصوصة أمرٌ مرغوبٌ فيه، وقد فات، فيثبتُ خيارُ فوات الوصف.

١٨٤- إن وقع البيعُ بصفقةٍ واحدةٍ على شيئين، أحدُهما ما بيعُه باطل، وثانيهما ما بيعُه صحيح. فإن كان أحدُ المبيعَين غيرَ معلوم، مثل أن يبيع فرساً وما في بطن فرسٍ أخرى بصفقةٍ واحدة، فالبيعُ باطلٌ في الكلّ. ومثلُه في الحكم ما إذا كان أحدُ المبيعين معدوماً.

١٨٥ إن كان المبيعان موجودَين معلومَين، فما بطل بيعُه ينقسم على قسمين:

الأوّل: ما ليس فيه إمكانُ صحّة البيع على قول أحد من المجتهدين، مثلُ الحرّ، والميتة، و لخمر، والخنزير.

والثّاني: ما فيه إمكانُ صحّة البيع، إمّا لأنّه يحتمل الإجازةَ من مُجيز، مثل بيع ملك الغير، فإنّه يصحّ بإجازة ذلك الغير، وإمّا لأنّ بيعه مجتهدٌ فيه، فيصحّ على قول بعض الفقهاء، وقضاء القاضي به، مثل بيع متروك التّسمية عامداً، أو يصحّ في بعض الحالات، مثل الوقف.

www.besturdubooks.wordpress.com

فأمّا إذا ضُمّ ما يصح بيعُه بالقسم الأوّل، مثل بيع العصير والخمر، أو بيع شاةٍ ذكيّة مع شاة ميتة في صفقة واحدة، يبطُل البيعُ في الكلّ، إن لم يُسمّ لكلّ واحدٍ منهما ثمناً. أمّا إذا فصّل ثمنُ كلٍّ على حدته، جاز البيعُ فيما يصحّ بيعُه بثمنه المسمّى، مثل العصير، والشاة الذكيّة في الأمثلة المذكورة.

وأمّا إذا قُرن ما يصح بيعُه بالقسم الثاني، يعني بما يُمكن تصحيحُ البيع فيه على قول أحد المجتهدين، فإنّ البيعَ يصحّ فيما يصحّ بيعه بحصّته من الثّمن. وهذا القسم على أنواع:

(ألف) أن يضُمّ البائعُ ملكَه بملك غيره، فيبيعَهما صفقةً واحدة. فإنّه وإن كان بيعُ ملك الغير لا يجوز، ولكنّه يحتملُ الإجازةَ من المالك. ولذلك دخل في القسم الثّاني. فيصحّ البيعُ فيما يملكه البائع بحصّته من الثّمن، ويبطُل في ملك الغير إن لم يُجزه ذلك الغير.

(ب) أن يضُمّ ما يصحّ بيعُه بالإجماع بما لا يصحّ بيعُه عند بعض الفقهاء، ويصحّ عند بعض آخرين من المجتهدين. مثل أن تُباع شاةٌ ذكيّةٌ مع متروك التّسمية عامداً. فإنّ متروك التّسمية، وإن لم يكن حلالاً عند الحنفيّة، فإنّه حلالٌ في مذهب الشّافعيّة. ولذلك يحتمل أن يُجيزه قاضٍ من القُضاة. ولهذا دخل هذا النّوع في القسم الثّاني. وحكمُه أنّ البيعَ في الشّاة الذّكيّة صحيحٌ بحصّته من الثّمن.

(ج) أن يُضمّ ما يصحّ بيعُه بما لا يصحّ بيعُه في عامّة الأحوال، ولكن يُمكن أن يصحّ بيعُه في بعض الحالات، مثل أن تُباع أرضٌ

www.besturdubooks.wordpress.com

مملوكةً مع أرضٍ موقوفة في صفقةٍ واحدة، فإنّ الوقف لا يصحّ بيعُه في عامّة الحالات، ولكن يصحّ بيعُه بالاستبدال بشروطه. ولذلك دخل الوقف في القسم الثاني. فلو قُرن بيعُ الأرض المملوكة بالأرض الموقوفة، صحّ البيعُ في المملوكة بحصّته من الثّمن. وهذا الحكم عامّ، سواءٌ أُذكر في العقد ثمنُ كلّ واحدٍ منهما، أم لم يُذكر. وإذالم يُذكر الثّمن لكلّ واحد منهما، فإنّ ثمنهما المجموع يُقسَم على قيمة كلّ واحد منهما، فما أصاب ما صحّ بيعُه، فهو ثمنُه. فإن باع ثوباً مملوكاً له مع ثوبٍ آخرَ غيرِ مملوك له في صفقة واحدة بمائة، وقيمةُ المملوك أربعون، وقيمةُ غير المملوك عشرة. فتُقسَم المائة على خمس حصص، فالحصّة الواحدة (وهيَ عشرون) لغير المملوك، وأربع حصص (وهيَ ثمانون) للثوب المملوك. فيصحّ البيعُ في الثّوب المملوك بثمانين، ويبطل في الثّوب غير المملوك.

١٨٦- حكمُ البيع الباطل أنّه لايترتّب عليه أيُّ أثرٍ من آثار البيع، حتّى أنّ المشتريَ لايملك المبيعَ وإن قبضه. فإذا هلك المبيعُ عند المشتري بعد قبضه في البيع الباطل، ضمنه المشتري.

البيع الفاسد

١٨٧- البيعُ الفاسدُ هو البيعُ الّذي عرضه الفسادُ في الوصف دون الأصل. ومعنى صحّة الأصلِ أنّ العاقدين من أهل الإيجاب والقبول، والعوضان ممّا هو مالٌ

www.besturdubooks.wordpress.com

في الجملة، والمبيع مالٌ مملوكٌ للبائع، ولكنّ الفساد إنّما جاء بسبب آخر.
وإنّ الفساد له أسبابٌ آتية:

١٨٨- السّبب الأوّل لفساد البيع: أن يكون الفساد لمعنيً في الثّمن. وله صورتان:

(ألف) أن يكونَ الثّمنُ فيه جهالةٌ مفضيةٌ إلى النّزاع، سواءٌ كانت الجهالةُ في جنس الثّمن، أو في وصفه، أو قدره، أو أجله.

(ب) أن يكون الثّمنُ مسكوتاً عنه في المبيعات الّتي لايتعيّن فيها سعر السّوق، أو تتفاوت فيها الأسعار بتفاوت الآحاد.

١٨٩- السبب الثاني لفساد البيع: أن يكون الفساد لمعنيً في المبيع. وله صورٌ آتية:

(ألف) أن يكون المبيعُ فيه جهالةٌ مفضيةٌ إلى المنازعة. والجهالةُ الّتي تفسد البيع عامّةً، سواءٌ كانت في جنس المبيع، أم في تعيينه، أم في قدره.

(ب) أن يكونَ المبيعُ غيرَ مقدور التّسليم، فإن لم يكن مملوكاً للبائع، فالبيعُ باطل، مثل أن يبيعَ طائراً في الهواء لايملكه. أمّا إن كان مملوكاً له، وطار في الهواء، فإن كان من عادته الرّجوع، جاز البيع، وإن لم يكن من عادته الرّجوع، فالبيع فاسد.

(ج) أن يكون المبيعُ غيرَ مقبوضٍ للبائع؛ بحيثُ إنّه لم ينتقل إليه ضمانُه، فمَن باع مالم يقبضه، فبيعُه فاسد.

١٩٠- السّبب الثالث لفساد البيع: أن يكون الفساد لمعنيً في العقد. وهو أن يُشترط في

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد شرطٌ لايقتضيه العقد، ولا يُلائمه، وليس في اشتراطه عُرفٌ ظاهر. وفي معناه أن تُشترط صفقةٌ في صفقة بدون عُرف ظاهر.

۱۹۱- حكمُ البيع الفاسد أنه يجب على المتعاقدين فسخُه، ولكنّه يُفيد ملكاً خبيثاً بعد قبض المشتري المبيع، ويتفرّع عليه أمور آتية.

(ألف) إنّ الدخولَ في مثل هذاالبيع غيرجائز لكونه بطريقٍ غير مشروع. ويجب على المتبايعين الامتناع عن تنفيذ البيع.

(ب) إن لم يقبض المشتري المبيعَ ببيعٍ فاسد، فإنّه لايملكُه، ولا ينفذ تصرّفُه فيه، إلاّ التّصرّف الّذي هو في حكم القبض، مثل أن يأمر البائع بطحن الحنطة المشتراة ببيع فاسد.

۱۹۲- إن قبضَه المشتري قبضاً حقيقيّاً أو حكميّاً، فإنّه يجبُ على المتعاقدين فسخُ البيع.

۱۹۳- إن قبضَ المشتري المبيعَ فإنّه يملكُه ملكاً خبيثاً لايجوز له الانتفاع به بالأكل أو الشّرب أو اللّبس، أو التّصرّف فيه، إلاّ إذا عقَده من جديد بإزالة المفسد.

۱۹٤- وبما أنّ المشتري في البيع الفاسد يملكُه بالقبض، ولو ملكاً خبيثاً، فإنّه ينفُذ فيه تصرّفُه، مثل أن يبيعَه إلى ثالث، ولكن لايطيبُ له الرّبح، بل يجب عليه أن يتصدّق به.

۱۹٥- إن لم يبقَ المبيعُ في يد المشتري في البيع الفاسد، بأن هلك في يده، أو تصرّف فيه تصرّفاً يمنع الرّدّ، فإنّه يضمن للبائع مثلَه أوقيمتَه، ويستردّ الثّمن.

۱۹٦- ويمتنع ردّ المبيع إلى البائع في البيع الفاسد بما يأتي:

(ألف) أن يهلك المبيع عند المشتري.

www.besturdubooks.wordpress.com

(ب) أن يتصرف المشتري في المبيع بما أزال ملكه فيه، مثل البيع بيعاً لاخيار له فيه أو الهبة التامّة بقبض الموهوب له بدون رجوع، أو الوقف وقفاً صحيحاً، أو أن يموت بعد وصية صحيحة.

(ج) أن يرهنه المشتري إلى ثالث، ولايعود إليه. فإن عاد بالافتكاك، عاد وجوب الرّد والفسخ.

(د) أن يُحدث المشتري زيادة في المبيع متّصلة به، غير متولّدة منه، مثل أن يكون ثوباً فيصبغه، أو يخيطه، أو يكون أرضاً فيبني فيه أو يغرس.

١٩٧- وإذا حصل نقصٌ في المبيع وهو في يد المشتري، فإنّ حكمه يختلف باختلاف سبب النّقص، وهو على ثلاثة أقسام:

(ألف) أن يحدث النّقص بفعل من المشتري، مثل أن يقطع ثوباً بعد ماشتراه فاسداً، أو بفعل من المبيع، مثل أن يحصل نقصٌ في الدّابة المبيعة بفعلها، أو بآفة سماوية، مثل أن يحدث في الدّابة مرضٌ ينقّص من قيمته، فإنّ البائع يأخذه مع الأرش، أي ضمان النّقصان. ويُجبر على ذلك لوأراده المشتري. فإن زال النّقصُ بعدالرّدّ مع الأرش، وجب على البائع أن يردّ إلى المشتري الأرش الّذي أخذه منه.

(ب) إذا حصل النّقصُ في المبيع بفعل البائع، فإنّه يُعتبر مستردّاً للمبيع بذلك الفعل، ولو كان بيدالمشتري، يردّه مع ذلك النّقص، ولاضمان عليه، حتّى لو هلك عند المشتري، ولم يوجد منه حبسٌ عن البائع، هلك على البائع.

www.besturdubooks.wordpress.com

(ج) أن يحدثَ النَّقصُ بفعل أجنبيٍّ، فللبائع الخيار: إن شاء أخذه من المشتري، ويرجع على الجاني بضمانه، وإن شاء اتَّبع الجانيَ، والجاني لا يرجع على المشتري.

البيع الموقوف

۱۹۸- البيع الموقوف ما توقَّف نفاذه على إذن غير العاقد.

۱۹۹- الفضوليّ من تصرَّف في حقِّ الغير نيابةً عنه بغير إذنه. وبيعُه موقوفٌ على إذن من له الإجازة. فإن باع فضوليٌّ مال غيره، فالبيع موقوفٌ على إجازة المالك. فإن أجازه نفذ البيع من وقت العقد.

۲۰۰- إن باع الصّبيُّ المميِّزُ ماله بدون إذن وليّه، فهو في حكم بيع الفضوليّ في كونه موقوفاً على إجازة وليّه.

۲۰۱ يُشترط لصحّة بيع الفضوليّ شروطٌ آتية:

(ألف) أن يكونَ له مُجيزٌ حالةَ العقد. فإن لم يكن له مُجيزٌ في ذلك الوقت، بطل البيع، مثلَ أن يبيعَ صبيٌّ ماله بمُحاباةٍ فاحشة، فليس له مُجيزٌ وقتَ العقد، لأنَّ وليَّه لا يملك إجازةَ ذلك البيع لكونه ضاراً محضاً، فلو بلغ الصّبيُّ بعد ذلك وأجازه لم يجُز، لأنَّ المُجيزَ لم يكُنْ موجوداً وقتَ العقد.

(ب) أن يعقدَ الفضوليَّ البيعَ على أنّه يبيعُه لمالكه، لا لنفسه. فإن باعه لنفسه، لم ينعقد البيعُ أصلاً، لأنّه بيعُ ما لا يملكُه.

(ج) أن يبقى العاقدان والمعقودُ عليه والمالكُ إلى وقت الإجازة. فلو

www.besturdubooks.wordpress.com

هلك البائعُ أو الفضوليّ العاقد، بطل البيع. وكذا لو هلك المبيعُ أو تغيّر حتّى صار شيئاً آخر. وكذلك يُشترط بقاءُ الثّمن إن كان عرضاً معيّناً، كما في المقايضة، لأنّه مبيعٌ من وجه. وإن مات المالك، لاينتقل حقّ الإجازة إلى وارثه، بل يبطل البيع.

(د) أن يكون المالكُ المُجيزُ يعلم بقاء المبيع عند الإجازة. فإن لم يعلم عند الإجازة أنّه قائمٌ على حاله، لاتصحّ الإجازة.

(ه) أن لايكون البائعُ أو الفضوليُّ العاقدُ فسَخ البيع قبل إجازة المالك. فيجوز لكلّ واحدٍ منهما أن يفسَخا البيع قبل الإجازة من المالك، لأنّه فسخٌ قبل لزوم العقد.

٢٠٢- الإجازةُ من قِبل المالك قد تكونُ قولاً بما يدلّ على رضاه بالبيع، مثل قوله: "أجزتُ". وقد تكون فعلاً، مثل أن يقبَل الثّمن أو بعضَه، أو يهَبه للمشتري. أمّا إن كان حاضراً وقت البيع وسكت، فالسّكوتُ لايُعتبر إجازةً.

٢٠٣- إن أجاز المالكُ البيعَ، ينقلبُ الفضوليُّ وكيلاً عنه في جميع الأحكام. فإن هلك الثّمنُ عنده بعد قبضه من المشتري بدون تعدٍّ منه، فإنّه لايضمنه للمالك، سواءٌ أهلك قبل الإجازة أم بعدها، لأنّ الفضوليّ بالإجازة اللاّحقة صار كالوكيل، فيكونُ الثّمنُ في يده أمانةً قبل الهلاك من حين قَبضه، فيهلك على المجيز، وإن كانت الإجازةُ بعد الهلاك.

٢٠٤- إن كان المالكُ شخصاً معنويّاً، فالإجازةُ إنّما تُعتبر ممّن يمثّل ذلك الشّخصَ المعنويَّ في تصرّفات البيع، مثل المتولّي في الوقف. فإن باع فضوليٌّ مالَ

www.besturdubooks.wordpress.com

الوقف، فإن باع الفضوليُّ ما لايملك المتولّي بيعه، فالبيع باطلٌ، مثل أن يبيع المسجد. وإن باع ما يملكُ المتولّي بيعَه، مثل مملوكاتِ الوقف الّتي ليست وقفاً، أو الوقفَ الّذي شَرط فيه الواقفُ الاستبدالَ، فإنّ البيع موقوفٌ على إجازة المتولّي. ولوكان لوقفٍ متولّيان، وباع أحدُهما بحضرة الآخر، توقّف البيع على إجازة الآخر.

۲۰۵- وكذلك مالُ الشّركات المساهمة، إن باعها فضوليٌّ، يملك إجازتَه مَن له حقُّ البيع حسب نظام الشّركة، ويمكن أن يختلف المجيزُ حسب نوعيّة المبيعات. فإنّ هناك أشياءً بسيطة يفوّض بعضُ الموظّفين ببيعها، وهناك أشياءٌ يُسمح ببيعها من قبل المدير التّنفيذي، وأشياءٌ أخرى لابدّ لبيعها من قرار مجلس الإدارة، أو الجمعيّة العموميّة.

۲۰٦- إن لم يُجزْ مَن له الإجازةُ البيعَ، فالبيع باطل. وإن كان الفضوليّ قبض الثّمن من المشتري، وجب ردُّه إلى المشتري إن كان قائماً. فإن هلك الثّمنُ بيد الفضوليّ قبل الإجازة، وكان يعلم المشتري أنّ مَن يدفع إليه الثّمنَ فضوليٌّ وليس مالكاً، فإنّ الفضوليَّ ليس ضامناً للثّمن إن هلك بغير تعدٍّ منه، لأنّه أمين. أمّا إن كان المشتري لايعلمُ أنّه فضوليّ، ثمّ هلك الثّمن، فإنّ الفضوليَّ ضامنٌ، ويجب عليه أن يردّ إليه مثله.

البيع المكروه

۲۰۷- البيع المكروه: البيعُ الّذي نهى عنه الشّارع لمعنىً خارج عن صُلب العقد. وحكمُه أنّ عاقدَه يأثم، ولكنّ البيع نافذٌ مع الإثم. والكراهةُ في الجميع

www.besturdubooks.wordpress.com

تحريمية. وفسخ البيع واجب ديانة، لا قضاء.

٢٠٨- من البيع المكروه البيعُ عند أذان الجمعة في مسجد حيّ الإنسان وبعده إلى أن تُقضى الصّلوة. والمعتبر فيه الأذان الأوّل للجمعة.

٢٠٩- النّهيُ عن البيع مختصٌ بمن تجب عليه الجمعة. فأمّا غيرهم من النّساء والصّبيان والمسافرين، فلا يُكره لهم البيع. وذلك لأنّ النّهيَ معلّلٌ بترك السّعي الواجب، فغيرُ المخاطب بالسّعي لا يتناوله النّهي.

٢١٠- يُستثنى من حرمة البيع ما إذا احتاج إليه المرأ لصلوة الجمعة، مثل الماء. وكذلك كلّ ما يُتوصّل به للصّلوة، مثل السجادة، أو يُستعان به للسّعي يجوز بيعُه وشراؤه في الطّريق.

٢١١- ويُستثنى أيضاً ما إذا تبايع إثنان وهما يمشيان إلى الجمعة، لأنّه لا يخلّ بالسّعي.

٢١٢- وينبغي أن تُغلق المحلاتُ التّجاريّةُ عند الأذان الأوّل. وإن كان يُمكن للتّجار التّناوبُ في أداء الجمعة.

٢١٣- ومن البيوع المكروهة ما وقع فيه السّوم على سوم غيره. وهو أن يتراضى المتبايعان بثمن، ويقع الركون إليه، فيجيئ آخرُ فيدفع للمالك أكثر، أو مثله غير أنّه رجلٌ وجيه، فيبيعُه منه لوجاهته.(١)

٢١٤- ويُكره أيضاً البيعُ على بيع أخيه. وهو أن يتراضي العاقدان على ثمن سلعة، فيجيئ آخر فيقول: أنا أبيعُك مثلَ هذه السّلعة بأنقص من هذا الثّمن، فيضُرّ بصاحب السّلعة. أو أن يشتري رجلٌ سلعةً على خيار، فيقول له رجل: افسَخْ شراءك هذا، أنا أبيعُك نظيرَها بأرخص. ويدخل في هذا الحكم الشّراءُ على

(١) فتح القدير ٦: ١٠٧

www.besturdubooks.wordpress.com

شراء بعض، وهو أن يكون الخيارُ للبائع، فيقول له رجل آخر: افسَخْ بيعك هذا، وأنا أشتريه منك بأكثر.

٢١٥- النَجش (بسكون الجيم، وقيل بفتحها) أن يزيدَ الرّجل في ثمن السّلعة، لا لرغبة نفسه في شراء ها، بل ليخدعَ غيره ليرغب فيها ويشتريه بثمنٍ زائد. وهو حرام. فإن كان النّاجشُ فعلَ ذلك من عند نفسه، ولم يعلمْ به البائع أو لم يأمره، فالإثمُ على النّاجش وحده، إلاّ إذا كان لدفع الغبن عن أحد المتعاقدين. وإن وقع ذلك بمواطأة من قبل البائع، فالإثم عليهما.

٢١٦- ومن البيوع المكروهة بيعُ الحاضر للبادي، "هو أن يمنع السّمسارُ الحاضرُ القرويَّ من البيع، ويقولَ له: لاتبعْ أنت، أنا أعلم بذلك. فيتوكّل له، ويبيع ويُغالي. ولو تركه يبيع بنفسه، لرخُص على النّاس."[١] وبما أنّ علّةَ النّهي الإضرارُ بأهل البلد، فإنّما يُكره ذلك إن أضرّ بأهل البلد، بأن يُحدِث الغلاءَ في السُّوق. فإن لم يكن فيه ضررٌ بأهل البلد، وإنّما أراد الحضريُّ أن يُعين قرويّاً في بيع ما عنده بدون التّأثير في السّعر، فهوجائز.

٢١٧- ومن البيوع المكروهة تلقّي الجلب. والمراد من الجَلَب الرّكبُ الّذين يجلبون السّلع إلى البلد. والمرادُ من تلقّيهم أن يخرجَ رجل من أهل البلد ويتلقّاهم قبل أن يصلوا إلى البلد، ويشتريَ منهم السّلع، وهو ممنوعٌ في حالتين:

(ألف) أن يكونَ لأهل البلد حاجةٌ إلى تلك السّلع، ويتلقّاهم الرّجل ليشتريَ منهم ويبيعَ إلى أهل البلد بثمنٍ غال.

---

(١) فتح القدير ٦: ١٠٧

www.besturdubooks.wordpress.com

(ب) أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون بالسعر.

والنهيُ معلولٌ بالضرر إمّا بأهل البلد في الصورة الأولى، وإمّا بأهل الركب في الصورة الثانية.

ومن اشترى السلع بتلقي الجلب، فالبيع نافذ، ولكنّ البائع إن ورد في السوق، وعلم أنه قد غُبن من قبل المشتري، فهو بالخيار، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه.

٢١٨- الاحتكار: أن يدّخر الإنسان أشياء الحاجة في انتظار غلاءها، ويمسكها عن البيع، وهو ممنوع في كلّ ما يحتاج إليه الناس إن أضرّ ذلك بأهل البلد، ولو كان زرع نفسه، أو اشتراه من سوقٍ أخرى.

٢١٩- مَن احتكر ما نُهي عن احتكاره، فإنه يجبر من السُّلطات المعنيّة بجلبه إلى السوق. فإن لم يبع، بل خالف أمر القاضي، عزّره القاضي بما يراه رادعاً له. وباع القاضي عليه طعامه.

٢٢٠- وفي حكم الاحتكار أن يكوّن أصحاب صنعةٍ واحدةٍ، أو تجار سلعةٍ واحدةٍ جمعيّةً (Cartel) تتحكّم في أسعار تلك السلع، إن كان فيه ضررٌ مثلُ ضرر الاحتكار. فينبغي أن لا تتركهم السُّلطات المعنيّة بتكوين مثل هذه الجمعيّة.

٢٢١- التسعير: أن يُقيّد الحاكمُ التّجار بأن يبيعوا سلعهم بسعرٍ معيّن. والأصل عدم جوازه، ولكن إن وجد الحاكمُ أنّ أرباب البضائع، وخاصّةً أرباب الطّعام، يتحكّمون ويتعدّون عن القيمة تعدّياً فاحشاً، وعجز الحاكم عن صيانة

www.besturdubooks.wordpress.com

حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فحينئذ لابأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة. فإذا فعل ذلك وتعدّى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه، أجازه القاضي. ومن باع منهم بما قدّره الإمام، صحّ، لأنه غيرُ مُكرَهٍ على البيع."

المسائل المتعلقة بالتّجارة فيما بين بلدين

التجارة عن طريق البريد

٢٢٢- إن تمّ البيع بين بلدين بالمكالمة الهاتفيّة أو بالمكاتبة بالفاكس أو التلكس، وكان المبيع مملوكاً للبائع، تمّ البيعُ بالإيجاب والقبول عن طريق هذا الاتّصال. ثمّ إذا أرسلت البضائع من قبل البائع عن طريق "الطّرد بالقيمة" (Valued Parcel) بمعنى أنّ ممثّل البريد يدفع طَرْد البضاعة إلى المشترى بعد تسلّم الثّمن منه. فالبريد وكيلٌ للبائع فى تسليم البضاعة إلى المشترى، وتسلّم الثّمن منه. و تصرّفُه منسوبٌ إلى البائع. فلمّا سلّم المبيعَ إلى المشترى، انتقل الضمانُ إلى المشترى.

٢٢٣- إن لم يكن المبيعُ مملوكاً للبائع عند الاتّصال بين العاقدين، وأرسل البائع البضاعة إلى المشترى عن طريق البريد المذكور فى الفقرة أعلاه، فإنّ البيع يتمّ عند تسليم البضاعة إلى المشترى. وكذلك لو دفع المشترى الثّمنَ إلى ممثّل البريد قبل أن يُسلّم إليه المبيع، تمّ البيع بينهما. فظهر بهذا أنّ نقطة تمام البيع هيَ تسليمُ الثّمن أو المبيع، أيُّهما وقع أوّل.

٢٢٤- إن هلك المبيعُ، أو انتقص قبلَ أن يصلَ إلى المشترى عن طريق البريد،

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّ البائعَ هو الضّامن، لأنّ ضمان المبيع لاينتقل إلى المشتري إلاّ بعد تسلّمه للمبيع. والبائعُ هو الّذي يرجع إلى البريد لتلافي نقصانه.

٢٢٥ قبض مكتب البريد على البضاعة قبضُ أمانة، لأنّه وكيلٌ للبائع، وقبض الوكيل قبضُ أمانة، فلو هلك المبيعُ بغير تعدٍّ من مكتب البريد، بأن سرقه اللّصوصُ بالرّغم من الحفظ المطلوب، أو فسد المبيع في الطّريق بدون تعدٍّ من ممثّل البريد ولا مخالفةٍ للقواعد العامّة للبريد، فإنّ الخُسرانَ على البائع، ولا يضمنه مكتبُ البريد.

٢٢٦- إذا أرسلت البضائع بطريق التّأمين (Insurance) يعني بالتزام من مكتب البريد بأنّه يوصل الطّرد وما فيه بعينه ويضمنه، فهو جائز على أساس أنّه مودَعٌ بأجر، وقد اشتُرط عليه الضّمان. ولكنّه إنّما يضمن إذا وقع التّلفُ بما يُمكن الاحتراز عنه. أمّا إذا تلف بالظروف القاهرة (Force Majure) فإنّه لايضمن.

٢٢٧- إنّ البريد حينما يتسلّم نقود الثّمن من المشتري، فإنّه لاينقُل نفس النّقود إلى البائع بعينها، وإنّما يخلطُها بأمواله وأموال النّاس الأخرى، ثمّ يدفعُ إلى البائع مثلَها، فصارت في حُكم القرض المضمون، ولذلك هو ضامنٌ هذه النّقود. وما يتقاضاه البريدُ من العمولة أجرةٌ للأعمال الإدارية، كما ذكرنا في الحوالة البريدية (Money Order).

التّجارة عن طريق البنك

٢٢٨- تجوز التّجارة عن طريق فتح الاعتماد في البنك. ويجوز دفع عمولة فتح الاعتماد إلى البنك تجاه الخدمات الّتي يقدّمها، بشرط أن لا يستلزم دفع فائدة ربويّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٢٩- تعاطي الفائدة على خطاب الاعتماد غير المغطى محظور شرعاً من أجل كونه رباً.

٢٣٠- إن كان المبيعُ مملوكاً للبائع، أمكن أن يتمّ البيع بين المتعاقدين بالإيجاب والقبول مكاتبةً أو بالمكالمة الهاتفيّة. ثمّ يتمّ تبادلُ المبيع والثّمن عن أيّ طريقٍ متّفق عليه، بما فيه فتح الاعتماد.

٢٣١- إن لم يكن المبيعُ مملوكاً للبائع، أو كان إنجازُ البيع موقوفاً على شيءٍ، فاتفاقيّةُ البيع في حكم المواعدة شرعاً. ويتمّ البيعُ بعد ما يملكه البائع، أو يتحقّق ما كان البيع موقوفاً عليه، إمّا بالإيجاب والقبول، أو بالتّعاطي، والتّعاطي في صورة فتح الاعتماد يتحقّق بتسليم البائع البضاعةَ لشركة الشّحن، فإنّ التّعاطيَ يجوز من جانب واحد أيضاً.

٢٣٢- إن كان المشتري أو وكيله موجوداً عند البائع ليتسلّم المبيعَ منه، فإنّ ضمانَ المبيع ينتقل من البائع إلى المشتري فورَ ما يُخلّي البائع بين البضاعة وبين المشتري.

٢٣٣- إن لم يكن المشتري أو وكيله حاضراً في بلد البائع، فإنّ ضمانَ المبيع ينتقل إلى المشتري فورَ ما يُسلّمها البائعُ إلى الميناء أو شركة الشّحن، حسب أعراف التّجارة الدّوليّة ومصطلحاتها، سواءٌ كان المشتري هو الّذي عيّن تلك الشّركة، أو عيّنها البائع بأمرٍ أو إذنٍ من المشتري.

٢٣٤- أمّا تحمّل مصاريف الشّحن، فيكون حسب ما يتّفق عليه المتبايعان في العقد.

٢٣٥- إذ شُحِنت البضاعةُ من قِبل البائع، وأصبحت شركةُ الشّحن وكيلةً للمشتري في قبضها، وانتقل الضّمانُ إلى المشتري، جاز للمشتري أن يبيعَ البضاعة إلى شخص آخر، ولكن لايجوز لذلك الشّخص أن يبيعها إلى ثالث، حتّى تصل البضاعةُ إلى الميناء، ويقبضَه هو بنفسه أو عن طريق وكيله.

www.besturdubooks.wordpress.com

بسم الله الرحمن الرحيم

فهرس المصادر والمراجع

١- أبحاث هيئة كبار العلماء، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، ١٤٠٩هـ

٢- إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة للعلامة البوصيري رحمه الله تعالى، طبع دار الوطن.

٣- الأحاديث المختارة للحافظ الضياء المقدسي رحمه الله تعالى، دار خضر، ١٤٢١هـ (غالبا)

٤- أحسن الفتاوى للعلامة المفتي رشيد أحمد اللدهيانوي رحمه الله تعالى، ايج ايم سعيد كمبني كراجي، ١٤٢٠هـ

٥- أحكام القرآن للعلامة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، ١٤١٨هـ

٦- إحياء علوم الدين للإمام الغزالي رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت - لبنان

٧- أخبار مكة للأزرقي - مكتبة الثقافة الدينية

٨- الاختيار لتعليل المختار للعلامة الموصلي، دار الكتب العلمية

٩- الآداب الشرعية والمنح المرعية للعلامة ابن مفلح المقدسي رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٩هـ

١٠ إدرار الشروق على أنواء الفروق (حاشية ابن الشاط رحمه الله تعالى على الفروق): ليراجع "الفروق"

١١- الأذكار للإمام النووي رحمه الله تعالى، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م

١٢- الاستذكار للإمام ابن عبد البر رحمه الله تعالى، دار قتيبة، دمشق، بيروت، ودار الوعي، حلب - القاهرة، ١٤١٤هـ

١٣- الأشباه والنظائر (للعلامة ابن نجيم رحمه الله تعالى) مع شرحه غمز عيون البصائر للعلامة الحموي رحمه الله تعالى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، ١٤١٨هـ

١٤- الأشباه والنظائر للعلامة السيوطي رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ

١٥- الإشراف على مذاهب أهل العلم للإمام ابن المنذر رحمه الله تعالى، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة قطر، ١٤١٤هـ

١٦- الإصابة في تمييز الصحابة للحافظ ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٣٢٨هـ

١٧- أصول الإفتاء وآدابه، للمؤلف، (محمد تقي العثماني)، مكتبة معارف القرآن، كراتشي ١٤٣٥هـ

١٨- أصول الكرخي مع تأسيس النظر للدبوسي رحمهم الله تعالى، محمد سعيد ايند سنز، كراتشي باكستان

١٩- اعضاء انساني كي بيوند كاري، للعلامة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى، ناشر مجلس تحقيق مسائل حاضره كراجي، ١٣٨٩هـ

٢٠- إعلاء السنن للعلامة ظفر أحمد العثماني رحمه الله تعالى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ١٤١٨هـ

٢١- إعلام الموقعين للعلامة ابن القيم، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٢- الإقناع (مع كشاف القناع) ليراجع "كشاف القناع"

٢٣- إكمال إكمال المعلم (شرح الأبي على صحيح مسلم)، دار الكتب العلمية

٢٤- إمداد الأحكام للعلامة ظفر أحمد العثماني رحمه الله تعالى، مكتبة دار العلوم كراتشي

٢٥- إمداد الفتاوى للإمام أشرف علي التهانوي رحمه الله تعالى، مكتبة دار العلوم كراتشي

٢٦- الإنصاف للعلامة المرداوي رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٠٠هـ

٢٧- أوجز المسالك، للعلامة محمد زكريا الكاندهلوي رحمه الله تعالى، اداره تاليفات اشرفيه، ملتان

٢٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة ابن نجيم، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ

٢٩- بحوث في قضايا فقهية معاصرة للمؤلف (محمد تقي العثماني)، مكتبة دار العلوم كراتشي

٣٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للعلامة ابن رشد الحفيد، دار المعرفة، ١٤٠٢هـ

٣١- بدائع الصنائع للعلامة الكاساني، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٤٢١هـ

٣٢- بدائع الصنائع، طبع ايج ايم سعيد كراتشي

٣٣- بلوغ الأماني، شرح الفتح الرباني، لفضيلة الشيخ الساعاتي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، الثانية

٣٤- البيان في مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، للعلامة العمراني رحمه الله تعالى، دار المنهاج لبنان- بيروت، ١٤٢١هـ

٣٥- البيان والتحصيل للعلامة ابن رشد الجد رحمه الله تعالى، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ

٣٦- تاج العروس للعلامة مرتضى الزبيدي، حكومة الكويت، وزارة الإرشاد والأنباء، ١٣٨٥هـ

٣٧- التاج والإكليل للمواق على هامش مواهب الجليل. ليراجع "مواهب الجليل"

٣٨- تاريخ الطبري، للإمام ابن جرير الطبري رحمه الله تعالى، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية

٣٩- تاريخ دمشق للإمام ابن عساكر، دار الفكر، بيروت - لبنان ١٤١٥هـ

٤٠- تبصرة الحكام للعلامة ابن فرحون رحمه الله تعالى، طبع دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ١٤١٦هـ

٤١- تبيين الحقائق للعلامة الزيلعي رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢٠هـ

٤٢- تحذير الإخوان عن الربا في الهندوستان، للإمام أشرف علي التهانوي رحمه الله تعالى، أشرف المطابع تهانه بهون، الهند

٤٣- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للعلامة الحطاب رحمه الله تعالى، دار الغرب الاسلامي، بيروت ١٤٠٤هـ

٤٤- التحرير المختار مع الدر المختار ورد المحتار للعلامة عبد القادر الرافعي رحمه الله تعالى، ليراجع "رد المحتار"

٤٥- التحرير والتنوير، للعلامة محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر والتوزيع، تونس - ١٩٩٧م

www.besturdubooks.wordpress.com

٤٦- تحفة المحتاج (مع حواشي الشيرواني)، للعلامة ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالى، المطبعة الميمنية بمصر، سنة ١٣١٥هـ

٤٧- التصوير لأحكام التصوير للعلامة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى. إدارة المعارف كراچي، ١٣٩٩هـ

٤٨- تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن). دار الكتاب العربي. بيروت ١٤٢٣هـ

٤٩- تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا، مطبعة المنار بمصر، ١٣٤٦هـ

٥٠- تفسير معارف القرآن، للمفتي محمد شفيع، رحمه الله، مكتبة معارف القرآن، كراتشي، ١٤٣١هـ

٥١- التقرير والتحبير (شرح التحرير للكمال ابن الهمام) لابن أمير حاج رحمهم الله تعالي، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ

٥٢- تكملة البحر الرائق (مع البحر الرائق)، للعلامة الطوري رحمه الله تعالى، ليراجع "البحر الرائق"

٥٣- تكملة فتح الملهم، للمؤلف (محمد تقي العثماني)، دار القلم، دمشق، ١٤٢٧هـ

٥٤- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى، المكتبة الأثرية، باغوالي باكستان

٥٥- تلخيص المنذري (مختصر سنن أبي داود) مع معالم السنن للخطابي وتهذيب السنن للعلامة ابن القيم، رحمهم الله تعالى، المكتبة الأثرية، باغوالي باكستان، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م

٥٦- تنوير الأبصار للعلامة التمرتاشي رحمه الله تعالى، ليراجع "رد المحتار"

٥٧- تهذيب التهذيب، للحافظ ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، دار صادر بيروت

٥٨- تهذيب السنن، للعلامة ابن القيم رحمه الله تعالى، (مع تلخيص المنذري) ليراجع "تلخيص المنذري"

٥٩- تهذيب فروق القرافي (مع الفروق)، ليراجع "الفروق"

٦٠- التهذيب للعلامة البغوي، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ

٦١- تيسير البيان لأحكام القرآن لابن نور الدين اليمني رحمه الله تعالى، دار النوادر، ١٤٣٣هـ

٦٢- جامع الأصول، للعلامة ابن الأثير رحمه الله تعالى، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، ١٣٨٩هـ

٦٣- جامع الترمذي، ليراجع "موسوعة الحديث الشريف"

٦٤- جامع الفصولين للعلامة ابن قاضي سماوه رحمه الله تعالى، اسلامي كتب خانه، علامه بنوري تاؤن، كراتشي ١٤٠٢هـ

٦٥- جامع المسانيد، للعلامة الخوارزمي رحمه الله تعالى، المكتبة الإسلامية، لائل پور

٦٦- جديد فقهي مباحث للشيخ مجاهد الإسلام القاسمي رحمه الله تعالى، طبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي

٦٧- جلاء العينين في محاكمة الأحمدين، لفضيلة الشيخ نعمان الألوسي رحمه الله تعالى)، مطبعة المدني، ١٤٠١هـ

٦٨- جواهر الفقه، للعلامة المفتي الأكبر محمد شفيع رحمه الله تعالى، مكتبه دار العلوم كراتشي

www.besturdubooks.wordpress.com

۶۹- الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى للبيهقي: ليراجع "السنن الكبرى"

۷۰- الجوهرة النيرة للعلامة أبي بكر ابن محمد الحداد اليمني رحمه الله تعالى: مكتبه امداديه ملتان، باكستان

۷۱- حاشية البجيرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب)، مصطفى البابي الحلبي، مصر ۱۳۷۰هـ

۷۲- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب. للعلامة سليمان البُجَيْرَمي، مطبعة الحلبي، ۱۳۶۹هـ

۷۳- حاشية العلامة السندي على سنن ابن ماجه (كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه)، دار الجيل، بيروت

۷۴- حاشية الشبراملسي رحمه الله تعالى على نهاية المحتاج. دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان و المكتبة الإسلامية

۷۵- حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي (مع تبيين الحقائق): ليراجع "تبيين الحقائق"

۷۶- حاشية العلامة الدسوقي رحمه الله تعالى على الشرح الكبير للعلامة سيدي أحمد الدردير، طبع دار الفكر

۷۷- الحواشي السعدية للعلامة سعدي جلبي رحمه الله تعالى (مع العناية وفتح القدير)، ليراجع "فتح القدير"

۷۸- حاشيتا العلامتين القليوبي و عميرة على شرح العلامة المحلّي على منهاج الطالبين للإمام النووي رحمهم الله تعالى أجمعين، طبع دار إحياء الكتب العربية، مصر

۷۹- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى (وهو شرح مختصر المزني) للعلامة الماوردي، مكتبة دار الباز مكة المكرمة و دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ۱۴۱۴هـ

۸۰- الحاوي للفتاوى للإمام السيوطي رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية ۱۴۰۲هـ

۸۱- حجة الله البالغة للإمام ولي الله الدهلوي رحمه الله تعالى، طبع قديمي كتب خانه، كراتشي

۸۲- حواشي العلامة الشرواني رحمه الله تعالى على تحفة المحتاج، ليراجع "تحفة المحتاج"

۸۳- الحيلة الناجزة للحليلة العاجزة: دار الاشاعت كراچی

۸۴- الخرشي على مختصر سيدي خليل، (وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي)، دار صادر بيروت

۸۵- خلاصة الفتاوى للعلامة طاهر البخاري رحمه الله تعالى، طبع مكتبة رشيديه كوئته

۸۶- دائرة المعارف لمعلمه بطرس البستاني، دار المعرفة، بيروت - لبنان

۸۷- الدر المختار مع رد المحتار، للعلامة علاء الدين الحصكفي رحمه الله تعالى، ليراجع "رد المحتار"

۸۸- الدر المنتقى، بهامش مجمع الأنهر، للعلامة الحصكفي رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية بيروت، ۱۴۱۹هـ

۸۹- درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، للشيخ علي حيدر، طبع دار الكتب العلمية. بيروت

۹۰- دلائل النبوة للإمام أبي بكر البيهقي رحمه الله تعالى. دار الكتب العلمية، ۱۴۰۸هـ

۹۱- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون رحمه الله تعالى، دار التراث، القاهرة

۹۲- الذخيرة للعلامة القرافي رحمه الله تعالى (م ۶۸۴هـ) دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ۱۹۹۴م

www.besturdubooks.wordpress.com

٩٣- رد المحتار (مع تنوير الأبصار والدر المختار)، للعلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى، طبع دار الثقافة والتراث، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ / وبما أن نسخة دمشق المشهورة لم تصل إلينا تنتهي إلى كتاب الدعوى، فقد أحلنا على نسخة ايج ايم سعيد كمپني، كراچي، ١٤٠٦هـ (غالباً) لإحالات ما بعد ذلك.

٩٤- روح المعاني، دار إحياء التراث العربي، ١٤٢٠هـ

٩٥- روضة الطالبين للإمام النووي رحمه الله تعالى، المكتب الإسلامي بيروت - دمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ

٩٦ الروضة الندية للعلامة صديق بن حسن خان القنوجي رحمه الله تعالى، دار الجيل، بيروت - لبنان

٩٧- زاد المعاد، للإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة ومكتبة منار الإسلامية، الطبعة ١٤١٢هـ

٩٨- سنن ابن ماجه: ليراجع "موسوعة الحديث الشريف"

٩٩- سنن أبي داود: ليراجع "موسوعة الحديث الشريف"

١٠٠- سنن الدارقطني، دار المعرفة - بيروت، ١٣٨٦هـ

١٠١- سنن الدارمي، نشر الرسالة، ملتان

١٠٢- السنن الكبرى للإمام البيهقي رحمه الله تعالى (وفي ذيله الجوهر النقي للعلامة الماردينى رحمه الله تعالى)، نشر السنة، ملتان

١٠٣- سنن النسائي: ليراجع "موسوعة الحديث الشريف"

١٠٤- سنن سعيد بن منصور (بتحقيق العلامة حبيب الرحمن الأعظمي رحمه الله تعالى)، دار السلفية، الهند، ١٤٠٣هـ

١٠٥- السيرة النبوية لابن هشام رحمه الله تعالى، مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٥هـ

١٠٦- شرح الإمام النووي على صحيح مسلم، المطبعة المصرية بالأزهر، ١٣٤٧هـ

١٠٧- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل للعلامة سيدي عبد الباقي الزرقاني رحمهما الله تعالى، دار الفكر بيروت

١٠٨- شرح الزركشي على مختصر الخرقي رحمهما الله تعالى مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ

١٠٩- شرح السير الكبير للإمام السرخسي رحمه الله تعالى، حركة الانقلاب الإسلامية الأفغانية، ١٤٠٥هـ

١١٠- الشرح الصغير على أقرب المسالك، للعلامة الدردير رحمه الله تعالى (وبالهامش حاشية العلامة الصاوي رحمه الله تعالى) دار المعارف بمصر ١٣٩٢هـ

١١١- شرح القواعد الفقهية لسماحة الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى، دار الغرب الإسلامي ١٤٠٣هـ

١١٢- الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين ابن قدامة رحمه الله تعالى (مع المغني)، دار الكتب العلمية

١١٣ الشرح الكبير للدردير رحمه الله تعالى (مع حاشية الدسوقي): ليراجع حاشية الدسوقي

١١٤- شرح المحلي على منهاج الطالبين (مع حاشيتي قليوبي وعميرة)، ليراجع "حاشيتا القليوبي وعميرة"

١١٥- الشرح الممتع على زاد المستقنع لفضيلة الشيخ العثيمين رحمه الله تعالى دار ابن الجوزي، ١٤٢٢هـ

١١٦- شرح مجلة الأحكام العدلية للعلامة محمد خالد الأتاسي رحمه الله تعالى، مكتبه اسلاميه، كوئته ١٤٠٣هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٧ شرح معاني الآثار للإمام أبي جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى، عالم الكتب بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ
١١٨- شرح منتهى الإرادات(دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) للعلامة البهوتي رحمه الله تعالى، دار الفكر
١١٩ شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكّام، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ
١٢٠- شفاء الغرام بأخبار البلد الحرام للعلامة الفاسي رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، عباس أحمد الباز، مكة المكرمة
١٢١- صحيح ابن حبان (ترتيبه المسمى ب "الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان" لعلاء الدين ابن بلبان رحمهما الله تعالى)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٠٧هـ
١٢٢- صحيح ابن خزيمة، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٣٩٠هـ
١٢٣- صحيح البخاري: ليرجع "موسوعة الحديث الشريف"
١٢٤- صحيح مسلم (مع فتح الملهم وتكملة فتح الملهم)، دار القلم دمشق ١٤٢٧هـ
١٢٥- الطبقات الكبرى (كتاب الطبقات الكبير) لابن سعد رحمه الله تعالى، مكتبة الخانجي، القاهرة، ١٤٢١هـ
١٢٦- الطرق الحكمية: للإمام ابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان
١٢٧- عارضة الأحوذي للعلامة ابن العربي رحمه الله تعالى، مصر
١٢٨- عدالتی فیصلے للمؤلف (محمد تقي العثماني) اداره اسلاميات، كراچي، لاهور ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م
١٢٩- عطر هداية، للعلامة فتح محمد اللكنوي رحمه الله تعالى، مكتبه نشر القرآن ديوبند
١٣٠- عقد البيع للشيخ مصطفى الزرقاء، دار القلم دمشق ١٤٢٠
١٣١- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية للعلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى، دار المعرفة بيروت - لبنان، ١٣٠٠هـ
١٣٢- عمدة القاري للعلامة العيني رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م
١٣٣- العناية (مع فتح القدير) للعلامة أكمل الدين البابرتي رحمه الله تعالى، مكتبه رشيديه، كوئته، پاكستان
١٣٤- الغاية القصوى للقاضي البيضاوي رحمه الله تعالى، طبع دار الإصلاح، السعودية - الدمام
١٣٥- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، للعلامة زكريا الأنصاري رحمه الله تعالى، المطبعة الميمنية
١٣٦- فتاوى ابن رشد رحمه الله تعالى، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٧هـ
١٣٧- فتاوى ابن نجيم بهامش الفتاوى الغياثية، مكتبه اسلاميه، كوئته، ١٤٠٣هـ
١٣٨- الفتاوى البزازية بهامش الهندية: ليراجع "الفتاوى الهندية"
١٣٩- الفتاوى التتارخانية، للعلامة فريد الدين الإندربتي الهندي رحمه الله تعالى، مكتبه فاروقيه كوئته، ١٤٣١هـ
١٤٠- الفتاوى الخانية، بهامش الفتاوى الهندية: ليراجع "الفتاوى الهندية"

www.besturdubooks.wordpress.com

١٤١- الفتاوى المحمودية، للعلامة المفتي محمود حسن الكنكوهي رحمه الله تعالى، كتب خانه مظهري، كراتشي، باكستان

١٤٢- الفتاوى الهندية، لجماعة من العلماء الأعلام، (وبهامشه الفتاوى الخانية للإمام الحسن بن منصور الأوزجندي الشهير بقاضيخان، والفتاوى البزازية أو الجامع الوجيز للإمام ابن البزاز رحمهم الله تعالى أجمعين)، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة الثانية ١٣١٠هـ

١٤٣- فتاوى دار العلوم ديوبند للمفتي عزيز الرحمن رحمه الله تعالى، مكتبة دار العلوم ديوبند، محرم ١٤٣٠هـ

١٤٤- فتاوى رحيميه ادارة دعوت اسلام، مدرسه يوسفيه نوريه، شرف آباد، كراجي،

١٤٥- فتاوى رشيديه (مع تأليفات رشيديه) للعلامة الشيخ رشيد أحمد الكنكوهي رحمه الله تعالى، طبع اداره اسلاميات، لاهور، ١٤١٢هـ

١٤٦- فتاوى عثماني للمؤلف (محمد تقي العثماني)، مكتبة معارف القرآن، ١٤٣٥هـ

١٤٧- فتح الباري، للحافظ ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى، دار نشر الكتب الإسلامية، لاهور، ١٤٠١هـ

١٤٨- فتح الجواد شرح الإرشاد للعلامة ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالى، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٩١هـ

١٤٩- الفتح الرباني: البرنامج بلوغ الأماني

١٥٠- فتح العزيز للعلامة الرافعي رحمه الله تعالى (بهامش المجموع شرح المهذب)، طبع دار الفكر

١٥١- فتح العلي المالك، للعلامة السيد محمد أحمد عليش رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت

١٥٢- فتح القدير شرح الهداية (مع العناية والكفاية)، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام رحمه الله تعالى، مكتبه رشيديه، كويته، باكستان

١٥٣- فتح القدير للشوكاني، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت الطبعة الأولى - ١٤١٤هـ

١٥٤- الفروق: أنوار البروق في أنواء الفروق (مع حاشية ابن الشاط و تهذيب الفروق للعلامة محمد علي) للعلامة القرافي رحمهم الله تعالى، دار المعرفة، بيروت لبنان

١٥٥- الفقه الإسلامي وأدلته، لفضيلة الدكتور وهبة الزحيلي حفظه الله تعالى، دار الفكر بدمشق، ١٤٠٤هـ (الفقه الإسلامي وأدلته المستدرك، ١٤١٧هـ)

١٥٦- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للعلامة النفراوي رحمهم الله تعالى، دار الفكر بيروت

١٥٧- الفوائد الخيرية على جامع الفصولين، الأزهريه مصر ١٣٠٠

١٥٨- فيض الباري للإمام أنور الكشميري رحمه الله تعالى، مكتبه حقانيه، بشاور باكستان

١٥٩- فيض القدير للعلامة محمد عبد الرؤوف المناوي رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت لبنان، ١٣٩١هـ

١٦٠- قانون المعاهدة الباكستاني

١٦١- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة، ١٤٣٢هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

١٦٢- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، الأمانة العامة للرابطة
١٦٣- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعلامة عز الدين بن عبد السلام رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت
١٦٤- القوانين الفقهية لابن جزي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م
١٦٥- الكافي في فقه أهل المدينة للإمام ابن عبد البر رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤١٣هـ
١٦٦- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل للإمام موفق الدين ابن قدامة المقدسي رحمهم الله تعالى، المكتب الإسلامي، ١٤٠٢هـ
١٦٧- كتاب الآثار للإمام محمد رحمه الله تعالى، مكتبة إمدادية، ملتان ١٤١٣هـ (غالبا)
١٦٨- كتاب الأصل المعروف بـ "المبسوط" للإمام محمد رحمه الله تعالى بتحقيق العلامة أبي الوفاء الأفغاني رحمه الله تعالى، عالم الكتب، بيروت، ١٤٢٠هـ
١٦٩- كتاب الأم للإمام الشافعي رحمه الله تعالى، دار الوفاء ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م
١٧٠- كتاب الأموال للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٠٦هـ
١٧١- كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى، دار المعارف النعمانية، الجامعة المدنية، لاهور، باكستان، ١٤٠١هـ
١٧٢- كتاب الخراج للإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت - لبنان
١٧٣- كتاب الفروع للإمام ابن مفلح رحمه الله تعالى، عالم الكتب، ١٤٠٥هـ
١٧٤- كشاف القناع عن متن الإقناع للعلامة البهوتي رحمه الله تعالى (م ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، بيروت
١٧٥- كشف الأستار عن زوائد البزار للحافظ الهيثمي رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٣٩٩هـ
١٧٦- كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للعلامة المنوفي مع حاشية العدوي رحمهم الله تعالى أجمعين، مكتبة الخانجي، ١٤٠٧هـ
١٧٧- الكفاية على الهداية (مع فتح القدير) للعلامة الخوارزمي رحمه الله تعالى، فليراجع "فتح القدير"
١٧٨- كفل الفقيه الفاهم في أحكام قرطاس الدراهم للشيخ أحمد رضا خان البريلوي رحمه الله تعالى، شبير برادرز، اردو بازار لاهور
١٧٩- كنز الدقائق (مع البحر الرائق) للعلامة النسفي رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ
١٨٠- الكوكب الدري على جامع الترمذي للإمام رشيد أحمد الكنكوهي رحمه الله تعالى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي باكستان ١٤٠٧هـ
١٨١- لسان العرب للعلامة ابن منظور رحمه الله تعالى، دار المعارف، القاهرة
١٨٢- لغت نامه دهخدا للشيخ علي أكبر، دانشگاه تهران، دانشكده ادبيات وعلوم انساني، ١٢٥٨ - ١٣٣٤ هجري شمسي
١٨٣- المبدع في شرح المقنع للعلامة ابن مفلح رحمه الله تعالى، المكتب الإسلامي، ١٩٨٠م

www.besturdubooks.wordpress.com

۱۸٤- المبسوط للإمام السرخسي رحمه الله تعالى، دار المعرفة بيروت-لبنان، ١٤١٤هـ

١٨٥- متن السير الكبير (مع شرحه)، للإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى، فيراجع "شرح السير الكبير"

١٨٦- مجلة الأحكام العدلية، لجماعة من العلماء الأعلام، قديمي كتب خانه، كراچي

١٨٧- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

١٨٨- مجلة مجمع الفقه الإسلامي بالهند، تصدر عن مجمع الفقه الإسلامي بالهند

١٨٩- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين الهيثمي رحمه الله تعالى، دار الكتاب، بيروت١٩٦٧م

١٩٠- المجموع شرح المهذّب للإمام يحيى بن شرف النووي رحمه الله تعالى، (مع تكملتيه للعلامة السبكي وفضيلة الشيخ المطيعي)، طبع دار الفكر

١٩١- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى، طبع بأمر من حضرة صاحب الجلالة الملك سعود بن عبد العزيز آل سعود، ١٣٨١هـ

١٩٢- مجموعة رسائل ابن عابدين رحمه الله تعالى، مكتبه فاروقيه، كوئته

١٩٣- مجموعة فتاوى عبد الحي اللكنوي رحمه الله تعالى (بالأردية)، ايچ ايم سعيد كمپني كراچي

١٩٤- المحلّى للعلامة ابن حزم رحمه الله تعالى، إدارة الطباعة المنيرية بمصر ١٣٥١هـ

١٩٥- المحيط البرهاني للعلامة برهان الدين ابن مازه البخاري رحمه الله تعالى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية والمجلس العلمي، ١٤٢٤هـ، و دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٤هـ

١٩٦- مختصر اختلاف العلماء للإمام أبي جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى، (اختصار الإمام أبي بكر الجصاص رحمه الله تعالى)، دار البشائر الإسلامية بيروت ١٤١٦هـ

١٩٧- المدخل الفقهي العام لسماحة الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ١٩٦٧/١٩٦٨م

١٩٨- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي رحمه الله تعالى، (م ١٧٩هـ)، طبع دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ

١٩٩- المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني، غير مطبوعة

٢٠٠- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، للعلامة علي بن سلطان محمد القاري رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ

٢٠١- مسائل الإمام أحمد وإسحق بن راهويه عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنوّرة

٢٠٢- المستدرك على الصحيحين للإمام الحاكم رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ

٢٠٣- مسند الإمام أبي يعلى الموصلي، دار الثقافة العربية، بيروت

٢٠٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٦هـ

٢٠٥- مسند البزّار، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة ١٤١٤هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٠٦- المسند للإمام الحميدي رحمه الله تعالى، بتحقيق العلامة حبيب الرحمن الأعظمي رحمه الله تعالى، المجلس العلمي، كراتشي باكستان، ودهابيل الهند، ١٣٨٢هـ

٢٠٧- مصادر الحق، للدكتور عبدالرزاق السنهوري رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان

٢٠٨- مصباح الزجاجة للإمام البوصيري رحمه الله تعالى، دار العربية - بيروت١٤٠٣هـ

٢٠٩- المصفى، للإمام الشاه ولي الله الدهلوي رحمه الله تعالى، كتب خانه رحيميه، سنهري مسجد، دهلي، الهند

٢١٠- مصنف ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى، شركة دار القبلة ومؤسسة علوم القرآن، ١٤٢٧هـ

٢١١- مصنف عبدالرزاق الصنعاني رحمه الله تعالى، المجلس العلمي

٢١٢- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، ١٤٢٨هـ

٢١٣- المعجم الكبير للطبراني رحمه الله تعالى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ (غالبا)

٢١٤- معرفة السنن والآثار للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، رحمه الله تعالى، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي باكستان، دار قتيبة، دمشق - بيروت، دار الوعي، حلب - القاهرة، دار الوفاء، المنصورة - القاهرة، ١٤١٢هـ

٢١٥- معرفة علوم الحديث للحاكم رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٧هـ

٢١٦- مغني المحتاج للعلامة محمد الشربيني الخطيب رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان

٢١٧- المغني لابن قدامه، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان/ وطبع دار عالم الكتب، الرياض

٢١٨- المقدمات الممهدات لابن رشد رحمه الله تعالى، دار الغرب الإسلامي ١٤٠٨هـ

٢١٩- الملكية في الشريعة الإسلامية، لفضيلة الشيخ عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، عمان الأردن، ١٣٩٤هـ

٢٢٠- المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، للحافظ ابن الجارود رحمه الله تعالى مؤسسة الكتب الثقافية - دار الجنان، ١٤٠٨هـ

٢٢١- المنثور في القواعد للعلامة الزركشي، رحمه الله تعالى، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت، ١٤٠٥هـ

٢٢٢- منح الجليل للعلامة محمد عيش رحمه الله تعالى، دار الطباعة الكبرى

٢٢٣- منحة الخالق على البحر الرائق (مع البحر الرائق)، للعلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ

٢٢٤- المنهاج مع نهاية السؤل للأسنوي، للقاضي البيضاوي رحمهما الله تعالى، عالم الكتب

٢٢٥- المهذب للشيرازي، دار الكتب العلمية

٢٢٦- مواهب الجليل للعلامة الحطاب رحمه الله تعالى، (وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل للعلامة المواق رحمه الله تعالى)، دار الفكر، ١٣٩٨هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٤٩- الوسيط في شرح القانون المدني للأستاذ عبد الرزاق السنهوري، طبع دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان

٢٥٠- الياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس لفضيلة الشيخ السيد أحمد الشاطري، دار الشروق جدة، ١٣٩٩هـ

251- Auctions (Bidding Agreements) Act 1927

252- Black's Law Dictionary, Fifth Edition, St Paul Minn. Publishing Company 1979

253- Chitty: On Contracts, General Editor: A.G. Guest, 24th ED. 1977

254- Companies Act 2006

255- Contract Act 1872

256- Contract Law, by Neil Andrews, Chapter 10, Cambridge University Press, 2011

257- Corpus Juris Secondum, The American Law Book Company

258- Documentary Credits, Raymond Jack, Butterwoths, London, Dublin, Edinburgh, 1991

259- Fifty Seventh 57th Report of the Law Commission of India on Benami Transactions

260- Land Acquisition Act 1894, The

261- Oxford Dictionary of Finance and Banking,

262- Pollock & Mulla: On The Sale of Goods Act, by Satish J Shah, LexisNexis, Eighth Edition 2011

263- Preemption Act of 1841, The

264- Present Financial Crisis: causes and remedies from Islamic perspective, of the author (Muhammad Taqi Usmani), مكتبة معارف القرآن، كراتشي، باكستان

265- Requisitioned Land (Continuance of Powers) Ordinance, 1969, The

266- Rules For Ready Delivery Contracts, Karachi Stock Exchange

267- Sale of Goods Act

268- Shorter Oxford Dictionary on Historical Principles, The

269- Specific Relief Act 1877

270- Uniform Commercial Code

271- Uniform Customs & Practices 600 (UCP)

272- United Nation's Convention on Contracts for the International Sale of Goods

273- Wikipedia

www.besturdubooks.wordpress.com

بسم الله الرحمن الرحيم

فهرس المصطلحات

(حسب أرقام الفقرات)

ليلاحظ أن علامة "ح" بعد رقم تعني أن اللفظ يوجد في حاشية تلك الفقرة كما أن علامة "ص" يراد بها الصيغة المقترحة لقانون البيع الإسلامي

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

فهرس المحتويات

www.besturdubooks.wordpress.com

فهرس المحتويات

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثاني في الخيارات في البيع الصحيح ٨١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

محمد تقي العثماني

www.besturdubooks.wordpress.com

أُصُولُ الإفتاءِ وآدابُهُ

محمد تقي العثماني

www.besturdubooks.wordpress.com

تأليف

محمد تقي العثماني

قاضي التمييز الشرعي بالمحكمة العليا لباكستان سابقاً
ونائب رئيس دار العلوم بكراتشي
وعضو مجمع الفقه الإسلامي بجدة

طبع على نفقة
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية
دولة قطر

www.besturdubooks.wordpress.com